Täterschaft und Teilnahme bei den Absichtsdelikten

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Werner Laue
Gerichtsassessor
aus Brilon (Westfalen)

Marburg 1934

Druck: Buchdruckerei Wilh. Weyers, Brilon

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 19. Februar 1932.

Berichterstatter:
Professor Dr. Edmund Mezger.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Benutztes Schrifttum.

(Die Einklammerungen bezeichnen die Abkürzungen.)

a) Kommentare, Lehrbücher und Abhandlungen.

von Bar, Gesetz nnd Schuld im Strafrecht Bd. 2 1907.

Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre 1913.

Beling, Die Lehre vom Tatbestand 1930.

— Die Lehre vom Verbrechen 1906.

— Grundzüge des Strafrechts 1930 11. Aufl. (Beling Grdz.)

Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd. II 1914—1916 2. Aufl.

— (Binding Normen Bd. II).

— Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erster Band 1902 2. Aufl. (Binding Lb. Bd. I).

Birkmeyer, Das Strafrecht. Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904 2. Aufl.

— Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts 1890.

— Teilnahme am Verbrechen. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allg. Teil (V. D. Allg. Teil) Bd. II 1908.

— Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang 1885.

von Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an den Verbrechen und der Begünstigung 1860.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme 1909.

Droste, Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 51 S. 364 ff.

Ebermeyer, Lobe, Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch 1929 4. Aufl. (Leipz. Komm.)

— Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Zweiter Teil: Das materielle Strafrecht 1929 4. Aufl.

Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht 1930.

Finger, Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit im Gerichtssaal Bd. 97 S. 390.

— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Bd. 1 1904 (Finger Lb. Bd. I).

Flegenheimer, Das Problem des „dolosen Werkzeuges". Strafrechtliche Abhandlungen Heft 164 (1913).

Frank, Aufbau des Schuldbegriffes 1907.

— Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, herausgegeben und erläutert 1931 18. Aufl. (Frank Komm.)

Gerland, Der Entwurf 1925 Allg. Teil.
— Deutsches Reichsstrafrecht 1922 (Gerland Lb.)
— Grundfragen des Strafrechts 1921.
Goldschmidt, James, Der Notstand ein Schuldproblem in der Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht Bd. 4 S. 18 ff.
— Der Prozeß als Rechtslage 1925.
— Normativer Schuldbegriff in der Festgabe für Reinhard v. Frank Bd. 1 1930.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. II 1884—1887 (Hälschner Lb. Bd. II.)
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 36 S. 31 ff.
— Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffes in der Festgabe für Reinhard v. Frank Bd. I 1930.
— Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft in der Festgabe d. Jur. Fakultäten für das Reichsgericht 1929 Bd. V.
von Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. 2 1930 (v. Hippel Lb. Bd. 2).
— Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf 1925 in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 47 S. 58 ff.
Honig, Kausalität und objektive Zurechnung in der Festgabe für Reinhard v. Frank Bd. I 1930 S. 200 ff.
Hübner, Das Problem des dolosen Werkzeuges im geltenden Reichsstrafrecht Dissert. Breslau 1926.
Kern, Die Teilnahme im E 25 im Gerichtssaal Bd. 92 S. 127 ff.
Kipp, K. Th., Die Lehre von der Teilnahme nach dem Strafgesetzentwurf von 1919 Dissert. Berlin 1922.
Kohler, Teilnahme und Urheberschaft im Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht Bd. 58 S. 15.
Köhler, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil 1917 (Köhler Allg. Teil).
Kohlrausch, Strafgesetzbuch 1930 29. Aufl. (Kohlrausch Komm.)
von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1927 25. Aufl. (v. Liszt-Schmidt Lb.)
Mayer M. E., Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts 1916 (M. E. Mayer Allg. Teil).
Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe 1912.
Merkel P., Anstiftung und Beihilfe in der Festgabe für Reinhard v. Frank Bd. II 1930 S. 134 ff.
— Grundriß des Strafrechts Teil I Allgemeiner Teil 1927 (P. Merkel Allg. Teil).
— Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe 1925.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1922 8. Aufl. (Meyer-Allfeld Lb.)
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente im Gerichtssaal Bd. 89 S. 207 ff.
— Strafrecht, Ein Lehrbuch 1931 (Mezger Strafrecht).
— Subjektivismus und Objektivismus in der strafrechtlichen Rechtssprechung des Reichsgerichts. Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben Bd. V 1929 S. 16 ff.
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände 1926.
Nagler, Die Jagdwilderei. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts — Besonderer Teil Bd. VIII 1906 (V. D. Bes. Teil).
Oetker, Zur Strafrechtsreform im Gerichtssaal Bd. 89 S. 161 ff.

von Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1927, 11. Aufl. (Olshausen Komm.) — 1905 7. Aufl. (Olshausen Komm. 7. Aufl.)
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1901 14. Aufl. (Oppenhoff-Delius Komm.)
Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 198 (1918).
Rosenfeld, Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung in der Festgabe für Reinhard v. Frank Bd. II 1930 S. 171 ff.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts 1921.
Schreiber, Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus psychischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 172 (1913).
Spohr, Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 215 (1926).
Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches 1928 5. Aufl. Bd. 1 (Stenglein Komm.)
Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1914 (Wachenfeld Lb.)
Wegener, Teilnahme in Reform des Strafrechts 1926 Bd. 1 S. 106 ff.
Wolf, Erik, Strafrechtliche Schuldlehre Erster Teil 1928.
Wolf, Paul, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 225 1927.
Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 49 S. 44 ff.
— Zur Lehre vom Tatbestand Strafrechtliche Abhandlungen Heft 237 (1928).

b) Zeitschriften und Entscheidungssammlungen:

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. IX.
Deutsche Strafrechtszeitung Bd. VIII.
Die Rechtssprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (Rspr.) Bd. 5, 6, 8.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafrechtssachen (R. G.) Bd. 2, 3, 5, 9, 15, 26, 28, 29, 48, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 63.
Gerichtssaal (G. S.) Bd. 89, 92, 97.
Goltdammer, Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht (Goltdammer Archiv) Bd. 58, 74.
Juristische Wochenschrift Jahrgang 52 (J. W. Jahrg.)
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Leipz. Z.) Bd. IX, XIV.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z. f. d. ges. Strw.) Bd. 36, 47, 49, 50, 51.

c) Entwürfe, Motive, Denkschriften und Begründungen.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch 1909 (V. E.)
Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (K. E.)
Entwurf von 1919 (E. 19.)
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1925 (A. E.)
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927 (Entwurf 27).

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der ersten Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses und den Ergebnissen der deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen (Entwurf 30).

Motive zur Reichstagsvorlage, Stenogr. Ber. I, II.

Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.

Begründung zum Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1925 (Begründung zum A. E.)

Begründung zum Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927 (Begründung zum Entwurf 27).

d) Ausländische Schriften.

Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil 1926.

Lammasch-Rittler, Grundriß des österreichischen Strafrechts 1926 5. Aufl.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Aufgabe, Abgrenzung, Gliederung.
Erster Abschnitt: Die Absicht als subjektives Unrechtselement.
I. Nachweis der Absicht als subjektives Unrechtselement.
II. Abweichende Ansichten.
1. Gegengründe von James Goldschmidt.
2. Gegengründe von Beling.
3. Ansicht von Zimmerl, Absicht kein subjektives Unrechtselement.
Zweiter Abschnitt: Die Abgrenzung und Gliederung der Absichtsdelikte.
I. Abgrenzung der Absichtsdelikte gegenüber den anderen Delikten.
1. Die Aufzählungen von Binding, Mezger, Spohr, Zimmerl, Hegler, (v. Liszt-Schmidt).
2. Streitige Fälle:
a) § 266 Abs. 1 St. G. B. Absicht nur Vorsatz.
b) §§ 112, 138, 164, 329, 332, 344 St. G. B. Verhütung des über die äußere Handlung hinausragenden Erfolges nur gesetzgeberisches Motiv.
c) § 124 St. G. B. Nicht Absicht des Täters.
d) § 185 St. G. B. Animus injuriandi nicht erfordert. §§ 186, 187 St. G. B. Objektiv unwahre Tatsachen, „Besseres Wissen" lediglich Grad des Wollens.
e) §§ 180, 258, 259, 133 Abs. 2; 150, 180, 181a, 260, 285, 294, 302d, 302e, 361 Ziff. 6 St. G. B. Handeln „seines Vorteils wegen", „aus Eigennutz", in gewinnsüchtiger Absicht"; „gewerbs- und gewohnheitsmäßiges" Handeln nur den Täter belastende Motivation.
f) §§ 268, 272, 273, 349 St. G. B. Nur durch Schädigungsabsicht Erhöhung der Gesellschaftsschädlichkeit.
g) §§ 103a, 135; 223a Abs. 2, 360 Ziff. 13 St. G. B. Nur bei „böswilligen", nicht bei „boshaften" Handeln Sinngebung.
h) §§ 174, 175, 176 St. G. B. Befriedigung oder Erregung der Sinneslust über die Handlung hinausliegender Erfolg.
i) §§ 246, 291, 292, 296, 296a, 370 Ziff. 4 St. G. B. Zueignung.
j) §§ 184 Ziff. 1, 324, 364 Abs. 1 und 2, 367 Ziff. 3 u. 9 St. G. B. „Feilhalten" — zum Zweck des Verkaufs bereithalten.
k) §§ 243, Ziff. 5, 250 Ziff. 1 St. G. B. Absicht der Beteiligung nur subjektive Belastung des Täters. §§ 243 Ziff. 6, 250 Ziff. 2 St. G. B. Erhöhung der Strafbarkeit nur wegen der objektiven Gefährlichkeit der Tat.
3. Aufzählung der Absichtsdelikte.

II. Gliederung der Absichtsdelikte.
1. Erfolgsabsichtsdelikte.
2. Nachaktsabsichtsdelikte.
3. Fälle der sinngebenden Absicht.
III. Die Absichtsdelikte im Entwurf 30.

Dritter Abschnitt: Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme.
I. Die subjektive Teilnahmetheorie und ihre Widerlegung.
II. Die objektiven Teilnahmetheorien.
1. Die materiell-objektiven Theorien. Die Ansichten Birkmeyers und Franks. Die Widerlegung derselben.
2. Die formal-objektive Theorie als Ausgangspunkt.
III. Erweiterung der formal-objektiven Theorie durch die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen. Die formal-objektiv-subjektive Theorie.
IV. Teilnahme in den Entwürfen. Die limitiert-akzessorische Form der Teilnahme.

Vierter Abschnitt: Die Darstellung und Widerlegung der einzelnen Ansichten und der eigene Lösungsversuch.
I. Untersuchung der Frage, ob Mittäter ist, wer keine äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, aber (weil er) die Absicht hatte.
1. Mittäterschaft durch Mitsetzen der Absicht.
2. Ablehnung der Einschränkung Heglers und Zimmerls bei den Erfolgsabsichtsdelikten.
II. Untersuchung der Frage, ob Täter (Mittäter) ist, wer die Absicht nicht hatte, aber (weil er) die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat.
1. Fälle der vorliegenden Art. Zusammenhang mit dem absichtslosen-dolosen Werkzeug.
2. Nach Mezger und Zimmerl Mittäterschaft. Begründung dieser Ansicht.
3. Abweichende Ansichten. Die Übergewichtstheorie Heglers. Der Lösungsversuch von Eberh. Schmidt. Die Widerlegung dieser Ansichten. Ansicht des überwiegenden Schrifttums und des Reichsgerichts.
III. Untersuchung der Frage, ob Täter ist, wer die Absicht hatte, aber nicht ausgeführt hat, sondern nur einen anderen zur Ausführung veranlaßt hat, der diese Absicht nicht hatte.
1. Mittäterschaft, falls der Veranlaßte die Absicht kennt.
2. Täterschaft bei Gutgläubigkeit des Veranlaßten. Veranlassung eines Geisteskranken, sich (dem Geisteskranken) eine Sache anzueignen, mittelbare Täterschaft.
IV. Die Lösung dieser Fragen in den Entwürfen 27 und 30.
1. Unbefriedigende Lösung der Frage des absichtslosen dolosen Werkzeugs.
2. Unmittelbare gesetzliche Lösung nicht zweckmäßig, Frage der Wissenschaft.

Schluß: Zusammenfassung der Ergebnisse.

Einleitung.

Aufgabe, Abgrenzung, Gliederung.

Das Strafgesetzbuch und die strafrechtlichen Nebengesetze fordern in zahlreichen Tatbeständen nur einen Teil der Unrechtselemente in objektiver Verwirklichung, während sie sich im übrigen mit bloß unrechter „Absicht" des Handelnden begnügen. Beispiele ergeben sich aus: §§ 257, 146, 242 St.G.B. Durch diese Art der Verbrechensbeschreibung entstehen bei der Beteiligung mehrerer an der Verwirklichung eines Absichtsdeliktes Zweifel hinsichtlich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Es tauchen insbesondere drei Fragen auf: I. Ist Mittäter, wer keine äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, aber (weil er) die Absicht hatte? II. Ist Täter (Mittäter), wer die Absicht nicht hatte, aber (weil er) die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat? III. Ist Täter, wer die Absicht hatte, aber nicht ausgeführt hat, sondern nur einen anderen zur Ausführung veranlaßt hat, der diese Absicht nicht hatte? Diesen Fragen soll in den folgenden Ausführungen nachgegangen werden.

Die aufgeworfenen Fragen werden von der Wissenschaft und der Rechtssprechung nicht einheitlich beantwortet. Insbesondere gehen die einzelnen Ansichten, selbst bei gleichen Ergebnissen in der Begründung weit auseinander. Die Fragen werden gemeinhin unter dem Problem des absichtslosen dolosen Werkzeuges zusammengefaßt. Das zahlreiche, insbesondere ältere Schrifttum[1]) geht bei der Lösung von der Voraussetzung aus, daß die Absicht bloßes Schuldmoment sei. Demgegenüber will eine neuere Lehre die Fragen dadurch lösen, daß sie die Absicht als subjektives[2]) Unrechts-, Tatbestands-

[1]) Nachweisungen bei Flegenheimer: Das Problem des „dolosen Werkzeuges", Hübner: Das Problem des dolosen Werkzeuges usw. und Wolf Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft S. 59 Anm. 22.

[2]) Zimmerl zur Lehre vom Tatbestand S. 31 ff. leugnet ihren Charakter als subjektives Unrechtselement: da er aber in der Absicht immerhin ein Unrechtselement sieht (s. u. Erster Abschnitt II 3), soll seine Ansicht in den folgenden Ausführungen mitbehandelt werden.

element auffaßt.[3]) Unter Zugrundelegung dieser Lehre soll in den folgenden Ausführungen den aufgeworfenen Fragen nachgegangen werden, die Ansichten, die in der Absicht ein bloßes Schuldmoment sehen, sollen nur zur Begründung und zum Vergleich gelegentlich herangezogen werden, sie sind bereits eingehend untersucht.[4])

Aus dieser so umrissenen Aufgabe ergibt sich die Gliederung der nachfolgenden Ausführungen. Auszugehen ist von der Darlegung der Absicht als subjektives Unrechtselement (Erster Abschnitt). Es schließen sich an die Abgrenzung und Gliederung der Absichtsdelikte. (Zweiter Abschnitt). Weiter ist abrissartig zu den Teilnahmetheorien Stellung zu nehmen. (Dritter Abschnitt) Es folgen schließlich die Darstellung und Widerlegung der einzelnen Ansichten und der eigene Lösungsversuch. (Vierter Abschnitt).

Erster Abschnitt.

Die Absicht als subjektives Unrechtselement.

In diesem Abschnitt ist die Absicht zunächst als subjektives Unrechtselement nachzuweisen (I) und dann zu den widersprechenden Ansichten Stellung zu nehmen (II).

I.

Die Frage, ob in den Tatbeständen unserer Strafgesetzgebung die Absicht als ein die Rechtswidrigkeit begründendes subjektives Moment auftritt, setzt die Festlegung des Begriffes der Rechtswidrigkeit voraus.

Die Feststellung, daß ein Verhalten rechtswidrig sei, enthält ein objektives rechtliches Unwerturteil über das Verhalten, und zwar ein objektives in dem Sinne, daß seine Fällung unabhängig ist von persönlichen Eigenschaften, insbesondere der Zurechnungsfähigkeit des Täters.[5])

Dieses Unwerturteil kann formell — formelle Rechtswidrigkeit — aufgefaßt werden als Übertretung der staatlichen Bewertungsnorm, materiell — materielle Rechtswidrigkeit gemäß der

---

[3]) s. u. Erster Abschnitt.

[4]) vergl. Anm. I.

[5]) v. Liszt-Schmidt L b, S. 172, Mezger Strafrecht S. 163 ff. und S. 166; objektivistische gegen subjektivistische Rechtsauffassung.

teleologischen Betrachtungsweise nach der Zweckidee des positiven Rechts als Gesellschaftschädlichkeit des Verhaltens, als Verletzung von Lebensinteressen der im Staate organisierten Gesellschaft. [6]) Das Unwerturteil in diesem zweifachen Sinne ist den gesetzlichen Tatbeständen, den Verbrechensbeschreibungen des positiven Rechtes zu entnehmen. Mit der Aufführung im Tatbestand ist das so beschriebene Verhalten rechtlich gemißbilligt, weil es nach der Ansicht des positiven Rechtes gesellschaftsschädlich ist. Die Rechtsordnung geht also in letzter Linie von der Gesellschaftsschädlichkeit des Verhaltens aus.

Für die Frage, welche Momente nun die Rechtswidrigkeit, Gesellschaftsschädlichkeit des in Rede stehenden Verhaltens begründen, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß im allgemeinen die objektive Tatseite der Verbrechensbeschreibung und nur diese für die aufgeworfene Frage von Bedeutung ist, die subjektive Seite desselben für die Frage der Schuld und nur für diese. Die Absicht als subjektives Unrechtselement muß daher als Ausnahme von diesem Grundsatz nachgewiesen werden. Die Frage nach anderen subjektiven Unrechtselementen — Mezger [7]) und Zimmerl [8]) erwähnen in der Aufzählung der einzelnen Tatbestände auseinandergehend [9]) die Gruppen der Tendenz- und Ausdrucksdelikte, Hegler [10]) kennt nur noch Fälle „vorausgehender psychologischer Situation oder psychologischer Wirkung" (die Ausdrucksdelikte Mezgers umfassend) [11]) — ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht zu erörtern.

Mit dem Vorliegen des äußeren Verhaltens ist bei den Tatbeständen, wo das Gesetz eine bestimmte Absicht fordert, die Rechtswidrigkeit, Gesellschaftsschädlichkeit noch nicht festgestellt. So handelt nicht jeder rechtswidrig, gesellschaftsschädlich, der dem Täter oder Teilnehmer nach Begehung eines Verbrechens

[6]) So die h. M. Mezger die subjektiven Unrechtselemente S. 249 Ziff. 3, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 172 A und Anm. 2, Frank Komm. Einleitende Bestimmungen vor § 1 IV, Hegler. Die Merkmale des Verbrechens S. 27 ff. und subjektive Rechtswidrigkeitsmomente usw. S. 270 III.

[7]) Mezger vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 16 ff. und Strafrecht S. 172 ff. S. 427.

[8]) a. a. O. S. 45 ff.

[9]) s. u. Zweiter Abschnitt.

[10]) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente usw. S. 308.

[11]) Hegler a. a. O, Anm. 1

oder Vergehens Beistand leistet (§ 257 St. G. B.), z. B. nicht der, der dem mit gebrochenem Fuß daliegendem Einbrecher Wasser gibt, nicht jeder, der Geld nachmacht (§ 146 St. G. B.), z. B. nicht der, der die Stücke nur als Schmuckgegenstände verwenden will, nicht jeder, der eine fremde bewegliche Sache wegnimmt (§ 242 St. G. B.), z. B. nicht der, der die Sache nur besichtigen will.[12]) Hier genügt das im objektiven Tatbestand geforderte Verhalten für sich allein nicht, um die Rechtswidrigkeit, Gesellschaftsschädlichkeit des Verhaltens zu begründen. Es fragt sich nun, ob positiv bei Hinzunahme des Vorhandenseins der bestimmten Absicht das gesamte Verhalten (das objektiv geforderte Verhalten und die Absicht) für die rechtliche Beurteilung die Färbung als gesellschaftsschädlich sofort erhält. Diese Frage ist zu bejahen. Daß ein Hilfeleisten gegenüber dem, der ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, durch Vorliegen der Absicht, ihn der Bestrafung zu entziehen, daß ein Nachmachen von Geld durch Vorliegen der Absicht, es als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen, und daß die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache durch Vorliegen der Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, immer und nur durch das Gegebensein dieser Absicht die Färbung als gesellschaftsschädliches Verhalten bekommt, kann nicht geleugnet werden. Das Vorhandensein der Absicht ist also entscheidendes Moment für die Annahme des Gegebenseins gesellschaftsschädlichen Verhaltens.[13]) Es bleibt noch zu untersuchen, ob die Absicht mit dem objektiv erforderlichen Verhalten zusammenzunehmen ist, damit die Tat als rechtswidrig, gesellschaftsschädlich bezeichnet werden kann. Dieses ist nach den vorhergehenden Ausführungen zu bejahen von der Annahme aus, daß Rechtswidrigkeit des Verhaltens Voraussetzung von Verbrechen und Strafe ist.[14]) Die Bestrafung des in Frage stehenden Verhaltens ist im Gesetz

[12]) Die Fälle sind den drei Gruppen der Absichtsdelikte (s. u.)

[13]) vgl. Mezger Strafrecht S. 170.

[14]) Diese Annahme entspricht der weitaus h. M., Beling die Lehre vom Verbrechen S. 78, Gerland Grundfragen des Strafrechts S. 36, Mezger die subjektiven Unrechtselemente S. 241, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 208 III und S. 195 Anm. 6, Sauer Grundlagen des Strafrechts S. 304 ff., v. Hippel Lb. Bd. 2. S. 271 4; der abweichenden Absicht von James Goldschmidt der Notstand ein Schuldproblem S. 18 ff. und der Prozeß als Rechtslage S. 235 Anm. 1287 (Strafe ohne Rechtswidrigkeit) kann hier nicht weiter nachgegangen werden, s. u. II 1.

vorgeschrieben. Es würden daher Verbrechen und Strafe ohne Rechtswidrigkeit vorliegen, wenn hier bestraft würde lediglich auf Grund des objektiv verlangten Verhaltens, denn dieses stellt für sich allein nichts Gesellschaftsschädliches, Rechtswidriges dar (s. o.). Dieser Zwiespalt läßt sich nur lösen durch Heranziehung der zur Ergänzung geeigneten (s. o.) Absicht. Damit ist der Nachweis erbracht, daß die Absicht die Rechtswidrigkeit der Tat zusammen mit dem objektiv erforderlichen Verhalten begründet.

Für diese Ansicht läßt sich mit Mezger [15]) ein weiterer Grund der Versuchslehre entnehmen. Der Fall des Versuches ist den Fällen der ersten bzw. zweiten Gruppe der Absichtsdelikte [16]) ähnlich gelagert, indem der Anfang der Ausführung hier gewollt sein muß zum Zwecke der Erreichung eines Erfolges, der über dieses objektiv verlangte Verhalten hinausliegt. [17]) Daß nach der subjektiven Versuchstheorie das Unrecht nicht anders als subjektiv bestimmt werden kann, liegt klar; so ist der Genuß eines Glases Zuckerwasser für sich allein kein Unrecht, aber er wird Unrecht, wenn er in Abtreibungsabsicht im Glauben an die Tauglichkeit des Mittels erfolgt. Aber auch nach der objektiven Versuchstheorie, z. B. in der Form der Gefährdungstheorie, läßt sich das Unrecht nur nach subjektiven Merkmalen bestimmen. Denn nicht die objektive Gefährlichkeit des Verhaltens allein bestimmt das Unrecht, sondern wie der Wortlaut des § 43 St. G. B. deutlich erkennen läßt — die von einer weiterreichenden Absicht getragene objektive Gefährlichkeit. [18]) Aus dem Nachweis von subjektiven Unrechtselementen in den Fällen des Versuchs läßt sich ein sicherer Schluß auf deren Vorhandensein bei den gleichliegenden Absichtsdelikten (s. o.) ziehen.

Eine weitere Rechtfertigung subjektiver Unrechtselemente findet sich bei Hegler. [19]) Sie enthält meines Erachtens mehr eine Widerlegung des weit verbreiteten Satzes, die Rechtwidrig-

---

[15]) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 23; vgl. auch Hegler Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente usw. S. 313 und Engisch Untersuchungen über Vorsatz und Fahrläßigkeit usw. S. 62.

[16]) s. u. Zweiter Abschnitt II 1 und 2.

[17]) vgl. Hegler a. a. O. .

[18]) vgl. v. Liszt-Schmidt Lb. S. 292 3 und Anm. 10, Mezger a. a. O., Hegler a. a. O. S. 300.

[19]) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 301 und S. 302 ff.; vgl. M. E. Mayer Allg. Teil S. 186 ff. und Engisch a. a. O. S. 61.

keit liege auf objektiven Gebiet, die Schuld auf subjektiven Gebiet,[20]) als einen positiven Nachweis von subjektiven Unrechtselementen. Hegler weist mit Recht darauf hin,[21]) daß es sich bei dem Gegensatz von Rechtswidrigkeit und Schuld nur um den Gegensatz von sachlicher, die Tat in ihrer sachlichen Bedeutung als die Rechtsordnung und die Lebensinteressen der Gesellschaft verletzendes Verhalten[22]) und persönlicher, die Tat in ihrer persönlichen Bedeutung hinsichtlich der inneren Einstellung des Täters zu ihr als rechtwidriger, gesellschaftsschädlicher ins Auge fassenden Betrachtung und Bewertung seitens der Rechtsordnung handelt. Bei diesem Gegensatz stehen sich die Fragen gegenüber: 1. Verletzt die bestimmte Tat die Rechtsordnung, ist sie gesellschaftsschädlich? (2) Ist die Möglichkeit eines negativen Werturteils betreffend die innere Einstellung des Täters zu der bestimmten Tat als rechtswidriger, gesellschaftsschädlicher bei und in Begehung derselben gegeben? Diese Gegenüberstellung von sachlicher und persönlicher Betrachtung und Bewertung ist aber nicht gleich zu setzen mit den Gegensatz objektiver (außenweltswirklicher) und subjektiver (innenweltswirklicher) Momente. Es handelt sich bei dem Gegensatz von Rechtswidrigkeit und Schuld nicht um einen naturalistischen, kognitiven Gegensatz von Momenten der Außenwelt und Innenwelt. Nur auf Grund dieser Verwechselung ist die zu Beginn dieses Absatzes erwähnte Ansicht,[23]) daß die Rechtswidrigkeit auf objektiven Gebiet, die Schuld auf subjektiven Gebiete liege, entstanden. Der Gegensatz objektiv — subjektiv beruht vielmehr auf der Verschiedenheit von sachlicher und persönlicher Betrachtungsweise (s. o.). Von dieser Voraussetzung aus kann die Frage, wann der Rechtswidrigkeit, wann der Schuld zuzurechnende Momente anzunehmen sind, gestellt werden ohne Rücksicht darauf, ob dieselben der Außenweltswirklichkeit oder der Innenweltswirklichkeit angehören. Kommen auch für die Betrachtung und Bewertung der sachlichen Bedeutung, für die Rechtswidrigkeit der Tat überwiegend Momente der Außenweltswirklichkeit

[20]) so z. B. Beling Die Lehre vom Verbrechen S. 140 ff., S. 196 ff. („Die Absicht ist ein Schuldmoment, nichts weiter"), S. 159 Anm. 1 und S. 430, Meyer-Allfeld Lb. S. 100 c, Gerland Lb. S. 53 und Lammasch-Rittler Grundriß des österreichischen Strafrechts S. 30 und S. 34.

[21]) a. a. O. S. 302.

[22]) s. o. Abs. 1.

[23]) s. o. Anm. 16.

in Betracht,[24]) so können nach den vorigen Ausführungen der Rechtswidrigkeit dennoch — ausnahmsweise — Innenweltsmomente (also auch die Absicht) angehören.[25])

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch auf eine weitere Begründung der Absicht als subjektives Unrechtselement von Hegler[26]) hinzuweisen. Hegler führt aus, die Absicht sei nie ein Bestandteil des Vorsatzes im psychologischen Sinne und selten (Ausnahme § 259 St. G. B.) den subjektiven Strafbarkeitsbedingungen zuzurechnen, deshalb sei sie — da sie im Schuldbegriff keinen Platz habe — zur Rechtswidrigkeit zu stellen.[27]) Diese Begründung läßt sich nur halten, wenn man mit Hegler[28]) entgegen der herrschenden Ansicht[29]) in der Absicht nicht zugleich ein Schuldbestandteil erblickt.

Die Absicht wird bereits weitgehend als subjektives Unrechtselement anerkannt.[30])

Gegen die Ansicht, daß die Absicht in manchen Tatbeständen als subjektives Unrechtselement erscheint, wenden sich neuerdings James Goldschmidt (1), Beling (2) und Zimmerl (3).

---

[24]) s. o. Abs. 1.

[25]) Die Umkehrung, daß Außenweltsmomente für die Schuld maßgeblich sind, ist hier nicht weiter zu verfolgen, vgl. Mezger Strafrecht S. 270 und S. 170. Hegler zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 314 Anm. 35 und Frank Aufbau des Schuldbegriffes S. 2 und S. 12.

[26]) Die Merkmale des Verbrechens S. 31, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 266 Anm. 3; die gleiche Begründung findet sich bei Mezger Die subjektiven Unrechtselemente S. 261, dagegen nun Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 22.

[27]) S. u. II 2.

[28]) a. a. O.

[29]) s. u. II 2., mit näherer Begründung.

[30]) So Hegler a. a. O. und zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 310, inbes. Anm. 22, Literaturbericht 6 Lammasch-Rittler Grundriß des österreichischen Strafrechts in der Z. f. d. ges. Strw. Bd. 49 S. 140, Mezger a. a. O. und Subjektivismus und Objektivimus S. 21, Strafrecht S. 168 ff., M. E. Mayer Allg. Teil S. 185 ff., v. Hippel Lb. 2 Bd. S. 188 5, Ebh. Schmidt v. Liszt-Schmidt Lb. S. 320 und S. 188 Anm. 13 Die mittelbare Täterschaft S. 127, Sauer Grundlagen des Strafrechts S. 344 und 346, Grünhut Literaturbericht 4 Edmund Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände in der Z. f. d. ges. Strw. Bd. 50 S. 285, Rosenfeld Mittäterschaft und Beihilfe usw. S. 171 ff., Honig Kausalität und objektive Zurechnung S. 200, Anm. 5, Engisch a. a. O. S. 63, Erik Wolf Strafrechtliche Schullehre Erster Teil S. 25 Anm. 124, S. 110-111, S. 132 Anm. 22 und Frank Komm. § 59 VI.

James Goldschmidt und Beling lehnen die subjektiven Unrechtselemente schlechthin ab. Zimmerl kennt nur bei den Gruppen der Ausdrucks- und Tendenzdelikte [31]) subjektive Unrechtselemente, leugnet deren Vorhandensein jedoch bei den echten Absichtsdelikten, bei denen die Absicht zwar unrechtsbegründende Qualität, aber nicht den Charakter von subjektiven Momenten haben soll.

1). James Goldschmidt kommt auf Grund der scharfen Gegenüberstellung von Rechts- und Pflichtnorm zu der Annahme, daß es Übertretungen der letzteren gebe ohne Übertretung der ersteren, also Schuld ohne Übertretung der Rechtsnorm. [32]) Von dieser Voraussetzung aus sind die subjektiven Unrechtselemente folgerichtig abzulehnen. Die Widerlegung dieser Voraussetzung kann hier nicht erfolgen, [33]) einzugehen ist dagegen auf die Einwendungen James Goldschmidt gegen die unter I entwickelte Ansicht. James Goldschmidt [34]) weißt zunächst darauf hin, daß die Folgerungen, der Mangel der Absicht schließe Notwehr aus und ihr Vorhandensein begründet Täterschaft, unhaltbar seien. Der Einwand ist in seinem zweiten Teil Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, insoweit kann erst weiter unten [35]) Stellungnahme erfolgen. Für die Notwehrfrage ist allerdings davon auszugehen, daß die subjektiven Unrechtselemente die Rechtswidrigkeit des Angriffes im Sinne eines bestimmten Tatbestandes mitbegründen. Diese Bedeutung der für den Angegriffenen schwer erkennbaren subjektiven Unrechtselemente wird für die Notwehrfrage jedoch dadurch eingeschränkt, daß bei ihrem Fehlen die Rechtswidrigkeit der Angriffshandlung durch einen anderen Tatbestand des Strafrechts (§ 240 St. G. B. statt § 258 St. G. B.) oder einen anderen Rechtsteil (§ 858 B. G. B. statt § 242 St. G. B.) begründet werden kann. [36]) Aus der Annahme der subjektiven Unrechtselemente ergeben sich also für die Notwehr keine mißlichen Folgerungen. James Goldschmidt

[31]) s. o. I Abs. 1 a. E.

[32]) Nachweis s. o. I Abs. 3.

[33]) vgl. die Widerlegung bei v. Liszt-Schmidt Lb. S. 210 Anm. 4 und Sauer Grundlagen des Strafrechts S. 572.

[34]) Normativer Schuldbegriff S. 458.

[35]) Vierter Abschnitt I—III.

[36]) So Mezger vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 23 und Hegler Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 318 A; vgl. auch Hübner a. a. O. S. 78.

wendet sich weiter dagegen, daß die unzüchtigen Handlungen und Ausdrucksdelikte subjektive Unrechtselemente enthalten [37]). Von Interesse für die vorliegende Untersuchung ist nur seine Auffassung über die unzüchtigen Handlungen, weil diese den Absichtsdelikten zuzurechnen sind [38]). Nach James Goldschmidt soll für die Rechtswidrigkeit dieser Handlungen maßgebend sein nicht das Motiv des Täters, sondern das Ziel, zu dessen Erreichung die Handlung objektiv geeignet erscheint. So soll ein Arzt, der an einer Frau mit ihrer Einwilligung eine medizinisch angezeigte und zur Erreichung des Heilzweckes geeignete Untersuchung vornimmt, rechtmäßig handeln, gleichgültig, was er dabei empfindet; dagegen soll der rechtswidrig handeln, der ohne diese objektiven Voraussetzungen an einer Frau eine den geschlechtlichen Anstand verletzende Handlung vornimmt, mag er selbst wissenschaftliche Zwecke erfolgen. James Goldschmidt stellt es somit ab auf den objektiven Zweck dieser Handlungen [39]). Er kommt damit der Ansicht Zimmerls über die echten Absichtsdelikte [40]) nahe; die Ausführungen gegen letzteren gelten hier entsprechend [41]).

2). Beling gelangt zur Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente auf Grund seiner Unterscheidung zwischen „gesetzlichen Tatbestand" und „Deliktstypus" [42]). Auf der Verwechselung dieser Begriffe soll nach ihm die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen beruhen [43]). Die Gestaltung der inneren Tatseite, z. B. „Überlegung" nach § 211 St. G. B., und „Absicht rechtswidriger Zueignung" nach § 242 St. G. B., soll bedeutsam sein für den Deliktstypus, wogegen der gesetzliche Tatbestand nur ein Abbild eines äußeren Geschehens ohne Rücksicht auf die Innerlichkeit des Handelnden sein könne, weil seine Funktion gerade darin bestehe, daß sich außer der objektiven Seite auch die Innerlichkeit des Handelnden auf ihn beziehen müsse. Hieraus folgert Beling, würden innere Momente dem gesetzlichen Tatbestand zugerechnet, so müßten sich diese auf sich selbst beziehen

[37]) a. a. O. S. 460.
[38]) s. u. Zweiter Abschnitt I 2. h.
[39]) vgl. insbesondere a. a. O. Anm. 3.
[40]) s. u. 3.
[41]) Gegen James Goldschmidt vgl. auch Mezger Strafrecht S. 171 Anm. 6.
[42]) Siehe hierüber Beling Grdz. S. 24 ff und 29.
[43]) a. a. O. S. 29 ff.

was psychologisch abwegig sei [44]). Beling gelangt somit zu dem auch von Hegler [45]) vertretenen Satz, daß die subjektiven Unrechtselemente (ihre Anerkennung bei Beling vorausgesetzt) nicht auch zur Schuld gehören können. Hiergegen wendet sich mit Recht Mezger [46]), Schmidt [47]), v. Hippel [48]) und Frank [49]). Würde das Ereignis, auf das die Absicht sich bezieht, zur Vollendung gehören, so stände ihr Schuldcharakter außer Zweifel; wieso das dadurch anders werden soll, daß das Gesetz die Vollendung früher eintreten läßt, ist nicht einzusehen. Auch beim Versuch bleibt der Vollendungsvorsatz Schuld, obwohl er subjektives Unrechtselement ist [50]). Weiter ist in manchen Fällen des Irrtums (der Täter hält den zu erreichenden Vermögensvorteil nicht für rechtswidrig) ein Zurückgreifen auf die Schuld im engeren Sinne unumgänglich [51]). Die subjektiven Unrechtselemente müssen schließlich deshalb zugleich Schuldmomente sein, weil Ihnen sonst die persönliche Zurechenbarkeit fehlen würde. Nach der Gegenansicht würde neben den durch den Erfolg qualifizierten Delikten strenggenommen ein weiterer Fall der Rechtswidrigkeit ohne Schuld anerkannt. Mit dem Nachweis, daß die subjektiven Unrechtselemente auch zur Schuld gehören, erledigt sich die obige Folgerung von Beling [52]). Schließlich dringt auch gegenüber der Tatsache, daß das Gesetz objektive und subjektive Momente zusammengefaßt hat, der Vorwurf der Buchstabenjurisprudens [53]) nicht durch. Die Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente er-

---

[44]) So auch die Lehre vom Tatbestand S. 12 „die subjektive Seite würde ein ganz verquältes Gebilde werden".

[45]) Die Merkmale des Verbrechens S. 31, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 312 Anm. 26 und Subjektive rechtswidrigkeits Momente S. 287 ff., mit Abschwächungen auf S. 296.

[46]) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 23, Strafrechts S. 171 Anm. 6, S. 172 Anm. 7 und 8.

[47]) v. Liszt-Schmidt Lb. S. 320 und die mittelbare Täterschaft S. 127, insbes. Anm. 1.

[48] Lb. 2 Bd, S. 188 5.

[49]) Komm. § 59 VI.

[50]) s. o. I Abs. 4.

[51] vgl. Hegler a. a. O. S. 336 ff., S. 296 bezeichnet er daher diese Frage als „eine bloße Ausdrucksfrage" (s. o. Anm. 45).

[52]) Die Frage, ob die Absicht in diesen Fällen als potenzierter (Absicht) oder einfacher Vorsatz aufzufassen ist, ist hier nicht zu erörtern, über sie unten Vierter Abschnitt II 2). Abs. 2.

[53]) Beling Die Lehre vom Tatbestand S. 13—14.

gibt sich für Beling insbesondere aus der engen Fassung des Wortes „Tatbestand" das er nur im Sinne des von der Schuld umfaßten besonderen äußeren Tatbestandes gebraucht [54]) (s. o.). Demgegenüber wird hier das Wort „Tatbestand" mit der überwiegenden Ansicht [55]) zur Kennzeichnung des gesamten besonderen Tatbestandes eines Delikts verwendet, sodaß auch innere Momente („Überlegung," „Absicht") zum Tatbestand gehören können.

3. Es ist noch die abweichende Ansicht Zimmerls zu untersuchen. Zimmerl unterscheidet echte Absichtsdelikte (z. B. § 146 St. G. B.), bei denen der Inhalt der Absicht (s. sofort) zu dem Übel gehört, daß die Rechtsordnung verhüten will [56]), und unechte Absichtsdelikte (z. B. §. 214 St. G. B.), bei denen das, worauf die Absicht gerichtet ist, „weder das eigentliche noch überhaupt ein Übel darstellt" [57]). Indem Zimmerl auf die Alleinwirksamkeit, statt Mitwirksamkeit [58]) der Absicht abstellt, rechnet er unzutreffend manche Tatbestände zur letzteren Gruppe statt zur ersteren [59]); dieses ergeben die Ausführungen im zweiten Abschnitt [60]). I. Bei den echten Absichtsdelikten soll der Inhalt der Absicht („erweiterter Tatbestand"), nicht die Absicht als solche an der Formulierung des speziellen Unrechtstypus mitbeteiligt sein, ebenso wie diejenigen Elemente, die gemeiniglich zum Tatbestande gerechnet werden („engerer Tatbestand") [61]); Zimmerl will somit die Absicht in ein Außenweltsmoment umdeuten, das scheinbare subjektive Element auf ein objektives zurückführen [62]). Nach dieser Ansicht kann folgerichtig bei „objektiver Tendenz der Handlung nach diesem Erfolge hin" von der Absicht als subjektives Moment als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit abgesehen werden [63]). Gegen diese Darlegungen Zimmerls spricht einmal, daß die Handlung als solche

[54]) Mezger Strafrecht a. a. O.

[55]) vgl. insbes. v. Hippel Lb. 2 Bd. S. 91; vgl. ferner Köhler Allg. Teil S. 90, Gerland Lb. S. 53. und Wachenfeld Lb. S. 79.

[56]) a. a. O. S. 40.

[57]) a. a. O. S. 39.

[58]) s. o. I Abs. 3.

[59]) a. a. O. S. 38 ff.

[60]) vgl. auch Mezger Strafrecht S. 172 Anm. 8.

[61]) a. a. O. S. 40.

[62]) a. a. O. S. 40 und S. 49.

[63]) a. a. O. S. 49 und S. 63.

nicht objektiv auf etwas abzielen kann; dieses kann nur eine Person, weil das Abzielen ein subjektiv psychologischer Vorgang ist [64]). Es handelt sich bei dem „objektiven Zweck der Handlung" nur um die Eignung derselben zur Verursachung eines bestimmten Erfolges, also lediglich um eine Frage der Kausalität [65]). Daß mit dem Erfordernis der Absicht nicht dieser objektive Zweck der Handlung gemeint ist, ergibt auch klar die Fassung der fraglichen Tatbestände. Aus ihren auf den Täter und seine Innenvorgänge abstellenden Wendungen geht deutlich hervor, daß ein subjektiv psychologischer Vorgang verlangt wird. Denn es ist nicht vorstellbar, daß eine Handlung objektiv darauf abzielen kann, „sich" einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen oder die Versicherungsgesellschaft zu betrügen. (§§ 253 und 265 St. G. B.) [66]). Weiter ist gegen die Ansicht Zimmerls anzuführen, daß er die feste Abgrenzung, die die Auffassung der Absicht als subjektiv psychologischer Vorgang gegeben ist, aufgibt und unsichere Grenzen einführt durch den Begriff des objektiven Zweckes der Handlung der zu den streitigen Fragen der Kausalität führt (s. o.). — Es ist noch auf einen Einwand Zimmerls gegen die oben I vertretenen Ansicht einzugehen. Nach Zimmerl soll durch die Zuteiluug der Absicht zum Unrecht in dem oben I entwickelten Sinne wesentlich gleichartiges auseinandergerissen und wesentlich verschiedenes zusammengekoppelt werden. Die Widerlegung ergibt sich aus den Ausführungen über den Begriff der Rechtswidrigkeit [67]). Danach ist für die teleologische Betrachtungsweise entscheidend die funktionelle Gleichwertigkeit der zu beurteilenden Momente. Funktionell ist nun die Absicht bedeutsam für die Begründung

[64]) vgl. Finger Kritische Bemerkungen usw. S. 390, Hegler Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 286; die Absicht wird überwiegend nur als etwas subjektiv psychologisches gefaßt, so von v. Liszt Lb. S. 245, Baumgarten der Aufbau der Verbrechenslehre S. 148, Kohler Allg. Teil S. 258 ff.; dagegen Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 20 und S. 30, Sauer Grundlagen des Strafrechts S. 346, die jedoch bei den Absichtsdelikten nicht von dem objektiven Zweck der Handlung ausgehen (s. o. I. a. E.).

[65]) so Beling die Lehre vom Verbrechen S. 142 ff. und Hegler a. a. O.; vgl. Goldschmidt Normativer Schuldbegriff S. 460, der von dem objektiven Zweck der Handlung ausgeht, dann aber die Geeignetheit und Tauglichkeit entscheidend sein läßt.

[66]) Zimmerl rechnet beide Tatbestände zu den echten Absichtsdelikten, a. a. O. S. 40.

[67]) s. o. I Abs. 1.

der Sozialschädlichkeit, der Rechtswidrigkeit, wie das äußerlich geforderte Verhalten und im Gegensatz zum Vorsatz. Damit erledigt sich dieser Einwand Zimmerls.

Die Ansichten unter 1.—3. können also den Grundsatz, daß in vielen Tatbeständen die Absicht subjektives Unrechtselement ist, nicht erschüttern.

Zweiter Abschnitt.

Die Abgrenzung und Gliederung der Absichtsdelikte.

In diesem Abschnitt sind zunächst die Absichtsdelikte gegenüber den anderen Delikten abzugrenzen (I), dann ist die Gliederung der Absichtsdelikte vorzunehmeu (II), schließlich soll auf die Absichtsdelikte im Entwurf 30 eingegangen werden (III).

I.

Die im vierten Abschnitt I–III entwickelten Grundsätze sind auf die Absichtsdelikte zugeschnitten. Welche Delikte diesen zuzurechnen sind, ist streitig. Die auseinander gehenden Aufzählungen sind mitzuteilen (1), nach Stellungnahme zu ihnen (2) folgt die eigene Aufzählung (3).

Das Gesetzbuch bedient sich grundsätzlich zur Bezeichnung der Absichtsdelikte der Worte „Absicht", „absichtlich", „um zu" und „sollen". Dieser Sprachgebrauch ist jedoch nicht einheitlich durchgeführt. Während in einzelnen Tatbeständen eines dieser Worte gebraucht wird, ohne daß ein Absichtsdelikt vorliegt [68]), gibt es andererseits Tatbestände, bei denen die Absicht nur „impliziter" [69]) gefordert wird [70]). Die strafrechtlichen Nebengesetze können aus Raummangel in den folgenden Ausführungen nur gelegentlich berücksichtigt werden.

1. Im einzelnen gehen die Ansichten darüber, welche Tatbestände des Strafgesetzbuches den Absichtsdelikten zuzurechnen sind, weit auseinander — mitveranlaßt durch die mangelhafte Ausdrucksweise des Gesetzes.

Binding [71]) rechnet zu den Absichtsdelikten die Tatbestände der §§ 87, 112, 131, 138, 140, 143, 164, 186, 187, 234, 235 Abs. 3,

[68]) s. u. 2. a.
[69]) Mezger Die subjektiven Unrechtselemente S. 262.
[70]) s. u. 2. g. f.
[71]) Lb. Bd. 1S. 12, insbes. Anm. 1, 2, 3.

236, 237, 257, 258, 266 Abs. 2, 267, 268, 272, 273, 288, 298, 329, 332, 333, 344, 346, 349 (coupierte Erfolgsverbrechen) [72]); 146, 275 Ziff. 2 und 3 (verkümmerte zweiaktige Verbrechen") St. G. B.

Mezger [73]) rechnet hierher die Tatbestände der §§ 87, 95, 97, 99, 101 (Absicht der Ehrverletzung), 131, 140 (mit Einschränkung auf S. 19 a. a. O.), 143, 202, 206, 214, 229, 253, 257, 263, 265, 268, 272, 273, 274, 288, 307 Ziff. 3, 313 Abs. 2, 333, 343, 346, 349 („Tat gewollt als objektiver Grund zu weiterer Folge") [74]); 124, 146, 234, 236, 237, 275 Ziff. 2 und 3, 307 Ziff. 2 („Tat gewollt als subjektives Mittel zu weiterem Handeln") St. G. B.

Spohr [75]) nennt bei den Absichtsdelikten: §§ 87, 124, 131, 140 Abs. 2, 143, 242, 249, 252, 253, 257, 258, 259, 263, 265, 266, 267—279, 288, 289, 298, 301 ff., 307 Ziff. 2, 333 ff., 346 („coupierte Erfolgsverbrechen"); 146, 234, 236, 237, 275 Ziff. 2 und 3 („verkümmerte zweiaktige Verbrechen") St. G. B.

Zimmerl [76]) rechnet zu den echten Absichtsdelikten (s. o. Erster Abschnitt II 3), die §§ 87, 95, 97, 101, 143, 202, 206, 229, 253, 257, 265, 274, 288, 333, 346, 124, 146, 234, 275 Ziff. 2 und 3; zum Teil (soweit Schädigungsabsicht gefordert ist) 268, 272, 273, 349, 103a 135 (140, 298), 174—176 St. G. B.

Eine weitere Aufzählung der Absichtsdelikte läßt sich den Ausführungen Heglers Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 306 ff. entnehmen. Hegler zählt hierher: §§ 242, 249, 298, 246, 140 Ziff. 1, 103a, 135, 95 Abs. 3, 97 Abs. 2, 99 Abs. 3, 101 Abs. 3 (böswilliges Handeln) („Fälle der sinngebenden Absicht"); 257, 253, 263, 288, 289, 131, 143, 202, 206, 214, 229, 252, 267 ff. (in rechtswidriger Absicht, zum Zwecke der Täuschung), 270, 273, 274, 301 ff., 307 Ziff. 2, 333, 334, 343, 346, 174, 175, 176 Ziff. 1 und 3 und die Unternehmungsdelikte (Erfolgsabsichtsdelikte"); 146, 265, 234, 236, 237, 275 Ziff. 2 und 3, 307 Ziff. 2,

---

[72]) Die Einklammerungen hinter den Aufzählungen ergeben die Gliederung der Absichtsdelikte; um die Wiederholungen der Aufzählungen unter II zu vermeiden, wird sie hier angedeutet; näheres unten II.

[73]) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 20 ff.

[74]) Diese Gruppe stellt er neuerdings (Strafrecht S. 172 Ziff. 2 und Anm. 8) zu den Tendenzdelikten.

[75]) Rücktritt und tätige Reue usw. S. 29.

[76]) a. a. O. S. 40 und S. 47 ff.

83, 87, 151 (Vorbereitung zur Beihilfe) („Nachaktsabsichtsdelikte") St. G. B. [77]).

2. Der Vergleich dieser Aufzählungen läßt die streitigen Fälle leicht erkennen. Diese sind bei den erheblichen Abweichungen der Aufzählungen zahlreich. Auf jeden streitigen Fall einzugehen würde im Rahmen dieser Arbeit zuweit führen, die wesentlichsten Fälle sollen jedoch behandelt werden.

a. Spohr [78]) rechnet zu den Absichtsdelikten den Tatbestand des § 266 Abs. 1 St. G. B. Die anderen Aufzählungen erwähnen ihn dagegen mit Recht nicht. Denn die Absicht bezieht sich hier nur auf den zum Tatbestand gehörenden Erfolg, ist also nichts anderes als Vorsatz [79]). Für diese Auslegung spricht einmal die Erwägung, daß der zweite Absatz des § 266 St. G. B. den erstrebten Erfolg durch einen Finalsatz („um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen") einführt, und daß, wenn schon das Wort „absichtlich" in diesem Sinne zu deuten wäre, für den qualifizierten Fall kaum etwas bliebe. Einen weiteren Grund für diese Auslegung ergibt ein Vergleich mit den entsprechenden Bestimmungen der strafrechtlichen Nebengesetze. So heißt es in dem § 23 Abs. 2 S. 1 R. V. O.: „Ein Mitglied, das vorsätzlich zum Nachteil des Versicherungsträgers handelt, wird — bestraft". In Satz 2 daselbst findet sich auch der gleiche Finalsatz („um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen") wie im § 266 Abs. 2 St. G. B. Weiter lautet § 5 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 (R. G. Bl. 449): „Baugeldempfänger, —, werden — bestraft, wenn sie vorsätzlich zum Nachteil der bezeichneten Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt haben".

---

[77]) Spohr a. a. O. S. 30 Anm. 1 erwähnt noch das Verzeichnis bei v. Liszt Lb. S. 245 Anm. 12; hier werden jedoch auch solche Tatbestände aufgezählt, bei denen die Absicht selbst nach v. Liszt-Schmidt (a. a. O. Text unter a) lediglich Vorsatz bedeutet (so die §§ 266 und 346 St. G. B.), während andererseits die selbst nach v. Liszt-Schmidt zu den Absichtsdelikten gehörenden §§ 174—176 St. G. B. nicht genannt werden, vgl. unten Anm. 116. Es sind genannt die §§ 124, 143, 146, 242, 263, 265, 266, 267, 268, 272, 274, 307, 346, 349, — 129, 147, 151, 177, 191, 235, 267, 270, 273 — 87, 146, 229, 234, 236, 237, 252, 257, 298, 307, 333. 334, 343, — 81, 105, 114, 122, 159 St. G. B.

[78]) Die Nachweisungen in den folgenden Ausführungen ergeben sich aus den Ausführungen unter 1).

[79]) vgl. Leipz. Komm. § 266 Anm. 4, Olshausen Komm. § 266 Anm. 12, Mezger Die subjektiven Unrechtselemente S. 261, Hübner a. a. O. S. 35.

b. Ebensowenig gehören hierher die von Binding genannten Tatbestände der §§ 112, 138, 164, 329, 332, 344 St. G. B. Denn im Aufbau dieser Tatbestände findet sich nicht das Merkmal der auf einen über das äußere Geschehnis hinausragenden Erfolg gerichteten Absicht, die Verhütung eines solchen Erfolges ist hier nur das gesetzgeberische Motiv gewesen [80]).

c. Fraglicher ist, ob der Tatbestand des § 124 St. G. B. den Absichtsdelikten zuzurechnen ist. Mezger, Spohr, Zimmerl und v. Liszt-Schmidt haben ihn in ihre Aufzählungen aufgenommen. Dieser Auffassung ist beizutreten, falls mit Frank [81]) und Gerland [82]) zur Bestrafung die Absicht bei den einzelnen Beteiligten verlangt wird. Nach der herrschenden Ansicht [83]) ist jedoch erforderlich, daß die Absicht, Gewalttätigkeiten zu begehen, der zusammengerotteten Menschenmenge als solcher beiwohnt, während es nicht erforderlich ist, daß gerade jeder einzelne Teilnehmer (der allerdings dieser Absicht der Menschenmenge sich bewußt sein muß) beabsichtigt, seinerseits Gewalttätigkeiten zu begehen. Diese Ansicht hat den klaren Wortlaut des § 124 St. G. B. für sich und kann sich auch auf den Zweck dieser Vorschrift berufen. Die Begründung der Gegenansicht bei Frank [84]), daß nur der einzelne tatsächlich eine Absicht haben könne, wird zweifelhaft durch den eigenen Hinweis von Frank auf die Auffassung zahlreicher moderner Psychologen, z. B. Wunds, nach der auch eine Menschenmenge eine Absicht haben kann. Die besondere Gefährlichkeit für fremde Interessen, die Gesellschaftsschädlichkeit, Rechtswidrigkeit [85]) begründet also in diesem Falle die Absicht einer Menschenmenge. Mezger [86]) legt den Tatbestand des § 124 St. G. B. so aus, daß der Verbindung als solcher ein bestimmter (objektiver) Zweck innewohne. Hiermit stellt er es auf den objektiven Zweck der Handlung ab, ich kann insoweit, auf die früheren Ausführungen [87])

[80]) vgl. Spohr a. a. O. S. 29 Anm. 2 und M. E. Mayer Allg. Teil S. 123 Anm. 8.

[81]) Komm. § 125 Anm. I 2.

[82]) Lb. S. 417 3aß.

[83]) Olshausen § 124 Anm. 2, Leipz. Komm. § 124 Anm. 3, Kohlrausch Komm. § 124 Anm. 3, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 586, Meyer-Allfeld Lb. S. 404 VII, R. G. Bd. 51 S. 422.

[84]) a. a. O.

[85]) s. o. Erster Abschnitt I.

[86]) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 20ß.

[87]) s. o. Erster Abschnitt II 3.

verweisen. Richtig weist Mezger[88]) dagegen darauf hin, daß vom Einzelnen nicht mehr verlangt werden könne, als daß er den Zweck gekannt und gebilligt hat, ohne daß er selbst in seiner Person eine entsprechende Absicht gehegt haben müsse. Es ist also hier nicht die Absicht des Täters (Mittäters)[89]) entscheidend für das Vorliegen der Gesellschaftsschädlichkeit, Rechtswidrigkeit; der Tatbestand ist somit nicht den Absichtsdelikten zuzurechnen, die auf die Absicht des Täters abstellen[90]) [91]).

d. Weiter gehören nicht hierher die Tatbestände der §§ 186, 187 St. G. B., die Binding in seiner Aufzählung nennt, und der des § 185 St. G. B. Bei der Beleidigung des § 185 St. G. B. kommt es nämlich für den nach dem Gesetz maßgeblichen gedanklichen Inhalt der Äußerung nicht an auf den Sinn, den ihr der Äußernde beilegt, sondern auf den Sinn, der ihr im Rechtsverkehr beikommt. Es genügt also zur Deliktsbegehung die Kenntnis des Täters von diesem objektiven Sinn, eine darüber hinausgehende Absicht (animus iniuriandi) ist somit nicht erforderlich[92]). Für die §§ 186, 187 St. G. B. geht aus dem Zusammenhalt dieser Tatbestände hervor, daß das Wesen der üblen Nachrede in der Behauptung bzw. Verbreitung objektiv unwahrer Tatsachen liegt, und daß das „bessere Wissen" in Beziehung auf das objektive Merkmal unwahr nur den Grad, nicht aber einen besonderen subjektiven Sinn des Wollens enthält. Das Wesen dieser Vorschriften „erschöpft sich also in dem äußeren Tatbestand" und das Wissen macht „lediglich einen Bestandteil des Wollens der Handlung aus"[93]). Weiter ist auch

[88]) a. a. O.

[89]) s. u. Vierter Abschnitt II 2.

[90]) s. u. II.

[91]) Auf den § 124 St. G. B. ist unten Vierter Abschnitt II 2. Abs. 3 noch in anderem Zusammenhang eingegangen.

[92]) so Mezger Die subjektiven Unrechtselemente S. 265 und Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 17, Hegler a. a. O. S. 311 Anm. 7, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 510. Die Ansicht Rosenfelds, daß hier ein subjektives Unrechtselement vorliege (Mittäterschaft und Beihilfe usw. S. 170), ist darauf zurückzuführen, daß er im Gegensatz zu den obigen Ausführungen eine „affektive Gesinnungsrichtung" als „motivierende Kraft der Äußerung" fordert; dieses gilt auch von den von ihm a. a. O. S. 171 II 1 genannten Fällen des Beschimpfens, vgl. dagegen v. Liszt-Schmidt Lb. S. 509 III 1b und 2 a. E.

[93]) vgl. Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 17, Zimmerl a. a. O. S. 47.

hier[94]) mit Spohr[95]) gegen Binding anzuführen, daß in dem gesetzlichen Aufbau dieser Tatbestände das Merkmal der auf den Enderfolg gerichteten Absicht sich nicht findet, sondern die Verhütung eines solchen Erfolges nur das gesetzgeberische Motiv ist.

e. Ferner sind hier nicht herzurechnen die Tatbestände, die ein Handeln „seines Vorteils wegen", aus „Eigennutz" oder „in gewinnsüchtiger Absicht" fordern, wie die §§ 180, 258, 259, 133 Abs. 2, 266 Abs. 2 St. G. B., und die „gewerbs- und gewohnheitsmäßigen" Delikte der §§ 150, 180, 181a, 260, 285, 294, 302d, 302e, 361 Ziff. 6 St. G. B. Mezger[96]) reiht diese Fälle der Gruppe der „Tendenzdelikte" ein, Spohr rechnet die §§ 259 und 266 Abs. 2 St. G. B, Binding den § 266 Abs. 2 St. G. B. zu den Absichtsdelikten. Das Handeln „seines Vorteils wegen" „aus Eigennutz" und „in gewinnsüchtiger Absicht" enthält deshalb kein subjektives Unrechtselement, weil durch diese Erfordernisse die Sozialschädlichkeit, Rechtswidrigkeit der Tat nicht bedingt oder gesteigert wird; denn bei den Vermögensdelikten gehört nur die Schädigung des Opfers, nicht die einfache Bereicherung des Täters zum Unrecht[97]). Es handelt sich in diesen Fällen vielmehr um eine den Täter besonders belastende Motivation. Für den § 259 St. G. B. weist Hegler[98]) ferner mit Recht auf den § 350 Abs. 1 des Entwurfes 27, der das Erfordernis „seines Vorteils wegen" nicht mehr verlangt, hin. — Die gleiche Überlegung führt bei den „gewerbs- und gewohnheitsmäßigen" Delikten zur Verneinung von subjektiven Unrechtselementen. Die hier vom dem Täter zu erwartende oftmalige Setzung des Tatbestandes erhöht zwar seine Gefährlichkeit und damit seine Schuld, ist aber ohne Einfluß auf die Gefährlichkeit oder Schwere der einzelnen Tat[99]).

f. Sehr umstritten ist, ob den Absichtsdelikten die Fälle zuzurechnen sind, in denen als Qualifikationsgrund Vorteils- oder Schadenabsicht verlangt wird, so die §§ 268, 272, 273, 349 St. G. B.

---

[94]) s. o. b.

[95]) a. a. O. S. 29 Anm. 2.

[96]) Vom Sinn usw. S. 18 und Die subjektiven Unrechtselemente S. 262.

[97]) vgl. Zimmerl a. a. O. S. 45 ff., Hegler a. a. O. S. 307 Anm. 1 gegen Mezger a. a. O. S 262.

[98]) a. a. O. S. 297 Anm. 2 und zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 310 Anm. 22.

[99]) vgl. Zimmerl a. a. O., Hegler a. a. O. gegen Mezger a. a. O.

Mezger und Binding [100]) reihen diese Fälle den Absichtsdelikten ein, Hegler [101]) rechnet sie nicht dazu, Zimmerl [102]) teilt die Fälle: sie gehören nicht hierher, soweit Bereicherungsabsicht gefordert, vielmehr nur soweit Schädigungsabsicht gefordert werde. Trotz der Bedenken von Hegler [103]) und James Goldschmidt [104]) wird man nach den Ausführungen oben unter e. eine Teilung der Fälle vornehmen müssen und nur in der Schädigungsabsicht ein subjektives Unrechtselement annehmen können. Nur aus der Gleichstellung der Schädigungsabsicht mit der Bereicherungsabsicht kann mit Hegler [105]) wohl nicht gefolgert werden, daß die Schädigungsabsicht hier nicht als Steigerung der Gesellschaftsschädlichkeit der Tat, sondern nur als den Täter belastende Motiv in Betracht komme.

g. Einheitlich beantworten lassen sich ferner nicht die Fälle, in denen „böswilliges" oder „boshaftes" Handeln verlangt wird, so die §§ 103a, 135 [106]) und die §§ 223a Abs. 2 360 Ziff. 13 St. G. B. In den Fällen des „böswilligen" Handelns kommt es auf „Sinngebung" an, maßgebend ist, daß der Täter „etwas von ihm als Unrecht Erkanntes gerade zu dem Zwecke tut, um einem anderen zu schaden oder um ihn zu kränken und damit seine feindselige Gesinnung gegen den Verletzten bekundet" [107]). Der rechtsgutverletzende Charakter der Tat wird durch diese Böswilligkeit bedingt [108]). — Die §§ 223a Abs. 2 und 360 Ziff. 13 St. G. B. sind dagegen den Absichtsdelikten nicht zuzurechnen [109]).

[100]) Die Ansicht Heglers, daß Binding a. a. O. S. 12 Anm. 2 a. E. nur für den Fall gewinnsüchtiger Absicht die betr. Stellen als coupierte Erfolgsdelikte charakterisiere (a. a. O. S. 307 Anm. 1), folgt meines Erachtens nicht aus den Ausführungen Bindings a. a. O.

[101]) s. vor. Anm.

[102]) a. a. O. S. 40.

[103]) a. a. O.

[104]) Normativer Schuldbegriff S. 459 Anm. 3.

[105]) a. a. O.

[106]) Die §§ 95, 97, 99, 101 St. G. B, sind obsolet geworden. Mezger Vom Sinn usw. S. 18 ff. und S. 21 rechnet sie wegen des böswilligen Handelns zu den Tendenzdelikten (s. o. Erster Abschnitt I Abs. 2 a. E.), wegen der „Absicht der Ehrverletzung" zu den Absichtsdelikten, ebenso Zimmerl a. a. O. S. 40 und 47, Hegler sieht nur in dem „böswilligen Handeln ein subjektives Unrechtselement und gliedert die Fälle den Absichtsdelikten ein.

[107]) so R. G. Bd. 48 S. 174, vgl. v. Hippel Lb. 2. Bd. S. 330 4 und Anm. 9.

[108]) so Mezger a. a. O. S. 18, Hegler a. a. O. S. 311 Anm. 7, Zimmerl a. a. O. S. 47.

[109]) Zimmerl a. a. O. S. 48, Hegler a. a. O. S. 307 Anm. 1 gegen Mezger a. a. O.

Zimmerl [110]) weist mit Recht darauf hin, daß die Bosheit nur dann zum Tatbestand zu rechnen sei, falls man annehme, daß es im Falle des § 223a Abs. 2 St. G. B. nicht nur auf die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, sondern auch des Ehrgefühls des Mißhandelten und im Falle des § 360 Ziff. 13 St. G. B. nicht nur auf den Schutz der Tiere, sondern auch auf die Erregung von öffentlichem Ärgernis ankomme, wozu jedoch kein genügender Grund vorhanden sei. Das Motiv das „Quälen um des Quälens willen" [111]) belastet den Täter, bedingt oder erhöht aber nicht die Schädigung durch die Tat [112]).

h. In den Fällen der §§ 174, 175, 176 St. G. B. herrscht im wesentlichen Übereinstimmung darüber, daß im Begriff „unzüchtiger Handlungen" ein subjektives Unrechtselement enthalten ist [113]). Während aber Mezger [114]) diese Fälle nur der Gruppe der Tendenzdelikte [115]) und nicht der Absichtsdelikte eingliedert, faßt die herrschende Ansicht [116]) sie als Delikte mit „überschießender" Absicht. Diese letzte Ansicht kann sich mit Recht darauf berufen, daß die Erregung oder Befriedigung der eigenen oder fremden [117]) Sinneslust als der über die Handlung hinausliegende Erfolg erscheint, der vom Täter nur beabsichtigt zu sein braucht.

i. Den Absichtsdelikten sind weiter zuzurechnen die Tatbestände der §§ 246, 291, 292, 296, 296a, 370 Ziff. 4 St. G. B.. In den Aufzählungen finden sich diese Vorschriften nicht, nur Hegler nennt den § 246 St. G. B.. Die §§ 246 und 291 St. G. B. verlangen beim Täter die Absicht, daß er die Sachen sich, nicht einem anderen widerrechtlich zueignen will, und der § 292 St. G. B. fordert Vornahme der fraglichen Handlungen in der

---

[110]) vgl. vor. Anm.

[111]) v. Hippel a. a. O. S. 330 Anm. 9.

[112]) vgl. James Goldschmidt Normativer Schuldbegriff S. 460.

[113]) vgl. die folgenden Anmerkungen.

[114]) vom Sinn usw. S. 18 b. und die Subjektiven Unrechtselemente S. 261 B und Anm. 1a. E.

[115]) s. o. Erster Abschnitt I Abs. 2 a. E.

[116]) M. E. Mayer Allg. Teil S. 185, Zimmerl a. a. O. S. 48 (gegen seine Ansicht, daß die objektive Tendenz der Handlung nach dem Erfolge genüge, siehe die Ausführungen oben Erster Abschnitt II 3), Hegler a. a. O. S. 309 Anm. 1 nnd S. 313 und v. Liszt-Schmidt Lb. S. 537 II 2 und insb. Anm. 2 (die Aufstellung oben Anm. 77 enthält diese Fälle nicht); daß die letzten drei Genannten noch in anderer Hinsicht ein subjektives Unrechtselement hier annehmen („psychologische Wirkung" Hegler) interessiert hier nicht.

[117]) R. G. Bd. S. 13.

Absicht der Zueignung (oder Erlegung) [118]). Wer diese Absicht nicht hat, unterschlägt nicht, eignet sich nicht Munition zu, übt nicht die Jagd aus. Das objektive Verhalten hat also in diesem Fällen für sich allein genommen noch keinen gesellschaftsschädlichen Charakter, bestimmend ist hier vielmehr die genannte Willensrichtung. Die Zueignungsabsicht ist hier also subjektives Unrechtselement [119]).

j. Hierher gehören ferner die Fälle der § 184 Ziff. 1, 324, 364 Abs. 1 und 2 367 Ziff. 3 und 9 St. G. B. in denen „Feilhalten" gefordert wird. Aus dem Kreis der strafrechtlichen Nebengesetze sind hier etwa die §§ 13 und 4 Ziff. 1 und 2 des Gesetzes über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenstände vom 5. Juli 1927 (R. G. Bl. I S. 134) und die §§ 14 und 15 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (R. G. Bl. S. 441) bzw. 7. Dezember 1923 (R. G. Bl. S. 437) zu nennen. Unter Feilhalten wird das Bereithalten einer bestimmten Ware zum Zwecke des Verkaufs verstanden [120]). Bloßes Liegenlassen der Ware im Aufbewahrungsraum oder Ausstellen derselben in der Absicht, die Ware erst nach eingelaufener Bestellung anzufertigen, würde den Begriff des Feilhaltens nicht erfüllen. Die genannte Absicht macht demnach in diesen Fällen das Verhalten erst zu einem gesellschaftsschädlichen, rechtswidrigen. Diese Tatbestände sind somit den Absichtsdelikten zuzurechnen [121]).

k. Schließlich soll noch auf die Tatbestände der §§ 243 Ziff. 5 und 250 Ziff. 1 und Ziff. 6 und 250 Ziff. 2 St. G. B. eingegangen werden. Die Aufzählungen nennen diese Vorschriften nicht. Die letzten Fälle will Mezger [122]) zu den Fällen subjektiver Unrechtselemente (der Gruppe der Tendenzdelikte) [123]) stellen wegen

[118]) vgl. v. Liszt-Schmidt Lb. S. 648a, Nagler Die Jagdwilderei usw. S. 456 B, Wachenfeld Lb. S. 437; zu eng Rosenfeld a. a. O. S. 174, der Zueignungsabsicht verlangt; vgl. auch Wolf a. a. O. S. 217.

[119]) so Rosenfeld a. a. O. S. 172—175 und Hegler a. a. O. S. 310 Anm 5 für den § 246 St. G. B.

[120]) vgl. Ebermayer in Stenglein Komm. zu § 4 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 (1) Anm. 10 (S. 15 und Schneidewin ebenda zu § 3 des Gesetzes über den Verkehr mit Lebensmittel und Bedarfsgegenstände 5. Juli 1927 (40) Anm. 11a) S. 178), Frank Komm. § 367 III 3b.

[121]) so Rosenfeld a. a. O. S. 176 ff., die Aufzählungen enthalten diese Tatbestände nicht.

[122]) Vom Sinn usw. S. 20.

[123]) s. o. Erster Abschnitt I Abs. 2 a. E.

der „über den objektiven Tatbestand hinausreichenden Tendenz (Absicht) der Beteiligung an der strafbaren Handlung, auf welche die Verabredung hinzielt". Durch das Vorliegen dieser Absicht wird aber nicht die Gesellschaftsschädlichkeit der Tat bedingt oder gesteigert, sondern es handelt sich hier nur um die besondere subjektive Einstellung des Täters[124]). — Die Tatbestände der §§ 243 Ziff. 5 und 250 Ziff. 1 St. G. B. rechnet Rosenfeld[125]) zu den Fällen subjektiver Unrechtselemente. Die „subjektiv gefärbte Tätigkeit" sieht er in dem Erfordernis, daß der Täter die Waffe gerade zu dem Zwecke bei sich führen muß, um einen ihm etwa entgegentretenden Widerstand mit der Waffe zu begegnen. Hiergegen ist anzuführen, daß die genannten Tatbestände diese Absicht nicht erfordern; das Gesetz hat hier die erhöhte Strafbarkeit wegen der „objektiven Gefährlichkeit der Tat"[126]) eingeführt; es genügt daher das Bewußtsein des Diebes, daß er die Waffe bei sich führt. Wenn das Gesetz diese Absicht verlangt hätte, würde es eine dem § 330 Abs. 2 des Entwurfes 27 ähnliche Fassung gewählt haben[127]). Beim Abstellen auf die „objektive Gefährlichkeit der Tat" kann von einer subjektiv gefärbten Tätigkeit nicht die Rede sein. Würde man dagegen die erwähnte Absicht fordern, so würde sie als subjektives Unrechtselement aufzufassen sein, weil ihr Vorliegen die Gesellschaftsschädlichkeit, Rechtswidrigkeit der Tat steigert[128]).

3. Unter Zugrundelegung der Aufzählungen unter 1. und der Ausführungen unter 2. rechne ich zu den Absichtsdelikten die Tatbestände der §§ 81,[129]) 83, 87, 103a, 105, 114, 122. 131,

[124]) so Hegler a. a. O. S. 307 Anm. 1; vgl. auch Zimmerl a. a. O., nach dem innerhalb der Mezgerschen Tendenzdelikte subjektive Unrechtselemente nur die unzüchtigen Handlungen und einige Fälle des boshaften und böswilligen Handelns enthalten.

[125]) a. a. O. S. 179.

[126]) so v. Liszt-Schmidt Lb. S. Anm. 19 und S. 585 2 und Olshausen Komm. § 243 Anm. 43 und 46.

[127]) so die h. A., vgl. v. Liszt-Schmidt und Olshausen (vor. Anm.), Hälschner Lb. Bd. II S. 327, Oppenhoff-Delius Komm. § 243 Anm. 74, Goltdammer Archiv Bd. 74 S. 205, R. G. Bd. 29 S. 228, 54 S. 195, dagegen Gerland Lb. S. 458, Binding Lb. Bd. I S. 303.

[128]) Über den § 330 Abs. 2 des Entwurfes 27 s. u. Anm. 249.

[129]) die §§ 81, 105, 114, 122, 159, 357, 360 Ziff. 5 St. G. B. sind als Unternehmungsdelikte hierher zustellen, soweit das Ziel nicht erreicht ist; vgl. die Zusammenstellung derselben mit den Absichtsdelikten bei Binding Lb. Bd. I S. 13 Anm. 1 und v. Liszt Lb. 245 Anm. 12; insoweit gilt das oben Erster Abschnitt I Abs. 4 über den Versuch Ausgeführte.

135, 143, 146, 151, 159, 174, 175, 176, 184, Ziff. 1, 202, 206, 214, 229, 234, 236, 237, 242, 246, 249, 252, 253, 257, 263, 265, 267, ff. (in rechtswidriger Absicht, zum Zwecke der Täuschung), 268 (Schädigungs-, nicht Vorteilsabsicht), 270, 272 (Schädigungs-, nicht Vorteilsabsicht), 273 (Schädigungs-, nicht Vorteilsabsicht), 274, 275 Ziff. 2 und 3, 288, 289, 291, 292, 296, 296a, 298, 301ff., 307 Ziff. 2 und 3, 324, 333, 334, 343, 346, 349, (Schädigungs-, nicht Bereicherungsabsicht), 357, 360, Ziff. 5 364 Abs. 1 und 2, 367 Ziff. 3 und 9, 370 Ziff. 4 St. G. B.

II

Ein Vergleich der aufgeführten Absichtsdelikte [130]) ergibt, daß diese keineswegs alle den gleichen Aufbau haben. Die verschiedenen Arten und Bezeichnungen der Gruppen der Absichtsdelikte ergeben die Einklammerungen der oben I 1. erwähnten Aufzählungen. Die besonderen Eigentümlichkeiten haben Hegler [131] und Zimmerl [132]) zu einer sachlich verschiedenen Beantwortung der oben in der Einleitung unter I gestellten Fragen veranlaßt [133]). Schon aus diesem Grunde ist auf die einzelnen Gruppen der Absichtsdelikte einzugehen. Es lassen sich drei Gruppen unterscheiden.

1. Die erste Gruppe bilden die Fälle der „Erfolgabsichtsdelikte" (Hegler), der „cupierten Erfolgsdelikte" (Binding). Das objektiv erforderte Verhalten wird hier gewollt als Mittel zur Erreichung eines über dasselbe hinausliegenden äußeren oder inneren Erfolges. der sich ohne weiteres Zutun des Täters verwirklichen soll, als „objektiver Grund zur weiterer Folge" (Mezger). Es sind hierher zu rechnen die §§ 131, 143, 174, 175, 176, 202, 206, 214, 229, 252, 253, 257, 263, 267 ff. (in rechtswidriger Absicht, zum Zwecke der Täuschung), 268 (Schädigungsabsicht), 270, 272 (Schädigungsabsicht), 273 (Schädigungsabsicht), 274, 288, 289, 301 ff., 307 Ziff. 3, 333, 334, 346, 349 (Schädigungsabsicht) St. G. B. Die Unternehmungsdelikte [134]) sind nur in einer Hinsicht zu dieser Gruppe zu stellen, insoweit als es sich um den Fall des beendigten Versuchs handelt, weil hier der Erfolg dann von selbst eintreten soll.

[130]) s. o. I 3.

[131]) Subjektive Rechtswidr. usw. S. 322 c. aa. (1) gegen S. 321 b. (1), 323 bb. (1).

[132]) a. a. O. S. 122 Abs. 1 gegen Abs. 2.

[133]) s. u. Vierter Abschnitt I 2.

[134]) s. o. Anm. 129.

2. Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle der „Nachaktsabsichtsdelikte" (Hegler), sonst wohl als „verkümmerte zweiaktige Verbrechen" (Binding) bezeichnet. Das objektiv geforderte Verhalten wird hier gewollt als Mittel zur Vornahmemöglichkeit weiterer Handlungen desselben Täters oder Dritter, als „subjektives Mittel zu weiterem Handeln" (Mezger). Zu dieser Gruppe gehören die Tatbestände der §§ 83, 87, 146, 151, 234, 236. 237, 265, 275, Ziff. 2 und 3, 307 Ziff. 2 St. G. B.. Die Unternehmungsdelikte [135]) sind einmal insoweit hierher zu rechnen, als Vorbereitungshandlungen in Frage stehen, ausgegangen von der Voraussetzung, daß der Begriff „Unternehmen" letztere umfaßt [136]). Weiter gehören die Unternehmungsdelikte hierher insoweit. als sie erst bis zum nichtbeendeten Versuch gediehen sind. Denn die Vorbereitungshandlungen bzw. Ausführungshandlungen sind gewollt als Mittel zur Vornahmemöglichkeit der Ausführungshandlungen bzw. beendigenden Akte.

3. Die dritte Gruppe erfaßt die Absichtsdelikte, bei denen als Inhalt ein hinter dem objektiv verlangten Verhalten stehender Wille, der diesem einen bestimmenden Sinn geben soll, gefordert wird. Hegler nennt sie „Fälle der sinngebenden Ansicht". Binding, Spohr. Zimmerl, Hafter [137]) und M. E. Mayer [138]) erwähnen diese Gruppe nicht. Mezger [139]) rechnet die hierher gehörigen Fälle in der Gruppe der Tendenzdelikte, bei denen „das Wollen erst durch die begleitende Tendenz seinen maßgebenden „Sinn" erhalten soll [140]). Er zählt zu dieser Gruppe jedoch noch zahlreiche andere Delikte, insbesondere die Verbindungsdelikte und neuerdings die cupierten Erfolgsdelikte [141]) von ihnen gehören manche nicht zu den Fällen subjektiver Unrechtselemente [142]). Im Gegensatz zu den Fällen unter 1. und 2. (Fälle der überschießenden Innentendenz (Hegler)) wird hier nicht ein über das objektiv verlangte Verhalten hinausliegendes Äußeres oder Inneres als beabsichtigt gefordert. Fälle ergeben sich aus

135) s. o. 1. a. E.
136) vgl. v. Liszt-Schmidt Lb. S. 296.
137) Lb. S. 112.
138) Allg. Teil S. 123 b.
139) Vom Sinn usw. S. 18 ff.
140) Mezger Strafrecht S. 173.
141) s. o. Anm. 74.
142) s. o. II 2. e. g. k.

den §§ 103a, 135, 184, Ziff. 1, 246, 291, 292, 296, 296a, 298, 324, 364, Abs. 1 und 2, 367 Ziff. 3 und 9, 370 Ziff. 4 St. G. B.. Die Tatbestände der §§ 242, 249 St. G. B. werden von der herrschenden Ansicht [143]) den Erfolgsabsichtsdelikten zugerechnet. Würde man in diesen Tatbeständen eine überschießende Innentendenz ersehen, so wären sie wohl den Nachaktsabsichtsdelikten einzugliedern sein. Richtiger sind sie zu der letzten Gruppe zu rechnen [144]), da die Zueignung schon in der Wegnahme in Zueignungsabsicht als vorliegend anzusehen ist [145]). — Aus den strafrechtlichen Nebengesetzen seien zu dieser Gruppe gehörig genannt etwa: § 5 Ziff. 1 und 2 des Gesetzes zum Schutze der Republik vom 25. März 1930 (R. G. Bl. I S. 91) und § 69 des Militärstrafgesetzbuches vom 20. Juni 1872 in der Fassung vom 16. Juni 1926 (R. G. Bl. S. 295).

III

Der Entwurf 30 hat die Zahl der Absichtsdelikte nicht vermindert. Die Ansicht von Liszt-Schmidt [146]), daß sie bei klarem Aufbau der Tatbestände überflüssig seien, zeigt sich als nicht durchführbar; der Gesetzgeber kann auf die Vorverlegung der Verbrechensvollendung in vielen Fällen einfach nicht verzichten. Auffallend ist insbesondere die starke Vermehrung der Nachaktsabsichtsdelikte. Weiter ist darauf hinzuweisen, daß umgekehrt einige Absichtsdelikte des Strafgesetzbuches im Entwurf 30 als Erfolgseintrittsdelikte erscheinen, so z. B. § 289 St. G. B. und § 354 Entwurf 30. Beispielsweise nenne ich für die drei Gruppen:

1. Erfolgsabsichtsdelikte: §§ 129, 132 Abs. 2, 133 Abs. 2, 133 Abs. 2, 141 Abs. 2, 173 Abs. 2, 192, 194, 200 Abs. 1, 209 214, 284, 286, 291, 292 Abs. 1, 293, 294, 295, 297, 315. 325 Abs. 4, 332, 337, 339, 343, 350 Abs. 2, 355 Entwurf 30;

2. Nachaktsabsichtsdelikte: §§ 94, 95 Ziff. 1, 110, 132 Abs. 1, 133 Abs. 1, 134 Abs. 1, 193, 203 Abs. 1, 204 Abs. 1,

---

[143]) Binding Normen Bd. II S. 1166, Spohr a. a. O., v. Liszt-Schmidt Lb. S. 320.

[144]) So Hegler Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 260 ff. und S. 310, Zum Wesen usw. S. 310 Anm. 22, Archiv für Rechts- und Wirtschaftphilosophie Bd. S. 281.

[145]) so Hegler vor Anm., Binding Lb. Bd. 1 S. 268 und 285 Anm. 1, Olshausen Komm. § 242 Anm. 27; dagegen die h. A., vgl. v. Liszt-Schmidt L. S. 616.

[146]) Lb. S. 245a.

206 Abs. 1, 207 Abs. 1, 210 Abs. 2, 211 Abs. 1, 214, 215 Abs. 1, 216 Abs. 1, 218 Abs. 1, 219 Abs. 1, 220 Abs. 1, 276 Abs. 2, 330 Abs. 2, 346 Entwurf 30;

3. Fälle der sinngebenden Absicht: §§ 220 Abs. 2 und 3 (feilhält), 265, 301, 333 (zueignen), 361, 362, Entwurf 30.

Dritter Abschnitt.

Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme.

Im vorigen Abschnitt ist das Gebiet der Absichtsdelikte umrissen, der Gegenstand der Untersuchung festgelegt. Die weiteren Ausführungen sind abhängig von den Begriffen Täterschaft und Teilnahme. Zu den verschiedenen Teilnahmetheorien ist daher Stellung zu nehmen und der eigene Standpunkt herauszuarbeiten. Dabei soll jedoch nur auf die hauptsächlichsten Richtungen eingegangen werden, ein Eingehen auf die einzelnen von diesen abweichenden Ansichten würde den Rahmen der Arbeit sprengen und ist auch für die gestellte Aufgabe nicht erforderlich. Dieses gilt umsomehr, als die Literatur äußerst zahlreich und unübersichtlich ist und selbst die Gruppierung der einzelnen Ansichten auseinandergeht, so bezeichnet Frank [147]) seine Theorie als formal-objektive, Rosenfeld [148]) nennt die Theorie Franks richtig [149]). Abs. 3 materiell-objektiv, wogegen Wachenfeld [150]) sie den vermittelnden Theorien zurechnet. — In den folgenden Ausführungen wird zunächst auf die subjektive Teilnahmetheorie (I), dann auf die objektiven Teilnahmetheorien (II) eingegangen. Die vermittelnden Theorien [151]) können aus Raummangel wegen ihrer untereinander abweichenden Durchführung im einzelnen nicht berücksichtigt werden; ihre Widerlegung er-

---

[147]) Komm. § 47 II.

[148]) a. a. O. S. 169.

[149]) a. S. s. u. II 1.

[150]) Lb. 201 Anm. 1, vgl. auch Abs. 3 Gerland Lb. S. 145 Anm. 5.

[151]) Lobe im Leipz. Komm. § 47 Anm. 2a, 2b und § 49 Anm. 4 (gegen ihn v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 455 Anm. 1 und S. 449 Anm. 2 und S. 456 IV 1), Köhler Allg. Teil S. 519, Ebermayer in Anleitung zur strafrechtlichen Praxis von Lucas Zweiter Teil Das materielle Strafrecht S. 92 Anm. 2, Kohler Teilnahme und Urheberschaft in Goltdammer Archiv Bd. 58 S. 15; gegen die vermittelnden Theorien M. E. Mayer Allg. Teil S. 403 Anm. 24.

geben die Ausführungen unter I und II. Die formal-objektive Theorie, die in ihrer Unterscheidungsmethode als richtig anzuerkennen ist [152]), erleidet eine Erweiterung durch die Anerkennung von subjektiven Unrechtselementen, auf die danach einzugehen ist (III). Schließlich soll eine Darstellung der Teilnahmelehre der Entwürfe folgen (IV).

I.

Das Reichsgericht [153]) und ein kleiner Teil der Literatur [154]) vertreten die subjektive Theorie. Danach soll für den Täter der animus auctoris, für den Gehilfen der animus socii entscheidend sein; jener soll die Tat als eigene wollen, dieser sie als fremde unterstützen wollen. In einzelnen Entscheidungen [155]) wird – ohne tieferen sachlichen Unterschied [156]) — darauf abgestellt, daß der Täter im eigenen, der Gehilfe im fremden Interesse handelt. Nur auf die Willensrichtung, nicht auf die objektive Beteiligung soll es daher ankommen, vorausgesetzt, daß irgendeine äußere Mitwirkung stattgefunden hat [157]). Dem stehen nicht entgegen die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 4 S. 177 (Mittäterschaft „Mitwirken bei und zur Ausführung"), 28 S. 304 (Mittäterschaft erfordert, daß „in objektiver Beziehung von seiten jedes Teilnehmers in irgendeiner Weise zur Begehung der Straftat vor ihrer Vollendung mitgewirkt werde") und 54 S. 152; denn sie reden von Mitwirken bei der Ausführung der Tat, nicht bei den Ausführungs-(Tatbestands)handlungen. Eine andere Auslegung dieser Entscheidungen würde auch in Widerspruch treten mit zahlreichen anderen Urteilen des Reichsgerichts, nach denen einerseits ausdrücklich Vorbereitungshandlungen zur Mittäterschaft genügen, wenn der Handelnde die Tat als eine eigene

[152]) s. u. II 2.

[153]) R. G. B. 2 S. 160, 3 S. 182, 9 S. 76; neuerdings 49 S. 159, 53 S. 138, 54, S. 152, 55 S. 61, 56 S. 239, 59 S. 80 und S. 379, 63 S. 102 und 217; vgl. auch die Anmerkungen zum folgenden Text.

[154]) v. Bar Gesetz und Schuld usw. Bd. 2 S. 597 ff., Olshausen Komm. 7. Aufl. § 47 Anm. 5, v. Buri Zur Lehre von der Teilnahme usw. S. 2 ff., Haffer Lb. S. 214, S. 223 und S. 226.

[155]) R. G. Bd. 3 S. 276 („eigener Vorteil"), Rspr. Bd. 5 S. 561 („im gemeinschaftlichen Interesse"), Rspr. Bd. 8 S. 476 ff. (Beihilfe bei dem Mangel des Nachweises irgendwelchen eigenen Interesses"), R. G. Bd. 28 S. 167 ff.

[156]) vgl. Köhler Allg. Teil S. 516 2a.

[157]) vgl. in dieser Hinsicht R. G. Bd. 15 S. 295.

wollte[158]) andererseits die Begehung von Ausführungshandlungen nur als Beihilfe betrachtet wird, falls der Teilnehmer die Tat nur als fremde unterstützen will[159]).

Die Beantwortung der in der Einleitung gestellten drei Fragen macht sich die subjektive Teilnahmetheorie verhältnismäßig einfach. „Wollen der Tat als eigener" und „Absicht sich zuzueignen" (usw.) sollen gleiche Begriffe sein. Nach ihr ist demnach Mittäter der, der die Absicht (z. B. der rechtswidrigen Zueignung) gehabt hat, obgleich er äußerlich nur angestiftet oder geholfen hat[160]). Andererseits wäre der nicht als Täter, Mittäter anzusehen, der die fragliche Absicht nicht besessen hat, auch wenn er die objektiv geforderte Handlung — sogar dolos — vorgenommen hat[161]). Vielmehr käme als mittelbarer Täter der in Betracht, der die Absicht besitzt und den anderen Ausführenden nur angestiftet oder unterstützt hat[162]). Das Problem des absichtslosen dolosen Werkzeuges existiert also für die subjektive Theorie nicht.

Die Ergebnisse im vorigen Absatz lassen sich nur mit Bedenken aus den Grundsätzen über die subjektive Theorie her-

---

[158]) R. G. Bd. 9 S. 76 (zum Zwecke der Ausführung des Entschlusses irgendwie tätig gewesen), 26 S. 346, 56 S. 329 ff. (Mitwirkung „zur Ausführung — in irgendeiner Weise — sei es auch nur durch eine Handlung, die, für sich allein betrachtet, als Vorbereitungshandlung erscheinen würde"), 58 S. 279 („Mitwirkung bei der Ausführung — aber es reicht aus, wenn er dies durch die unmittelbare Tätigkeit seiner Genossen tut, während er seine eigene Tätigkeit auf Vorbereitungs- oder Beihilfehandlungen beschränkt"), Leipz. Z. Bd. IX S. 303 ff.

[159]) R. G. Bd. 3 S. 181 (bei der Notzucht ist der die Gewalt anwendende Gehilfe, „weil er eben die Beischlafsvollziehung als seine Tat nicht vornehmen, vielmehr dem V überlassen wollte"), 59 S. 79 ff.

[160]) vgl. R. G. Bd. 2 S. 160 ff. („der letztere wollte verabredeter maßen nicht eine Tat des Unbekannten unterstützen, sondern es ging die Absicht beider dahin, das Verbrechen als eine Tat beider gemeinschaftlich in Ausführung zu bringen, 69 S. 245, Leipz. Z. Bd. XIV S. 830.

[161]) vgl. R. G. Bd. 39 S. 39 (keine Mittäterschaft des W", da W die Wegnahme des vermeintlichen Gummiballes für den Angeklagten Pf. ausführen sollte und Pf. sich den „Ball" unter dem Beistand Ws zuzueignen beabsichtigte"), Rspr. Bd. 6 S. 416 ff., Leipz. Z. Bd. 14 S. 303 (Mittelbare Täterschaft „auch in den Fällen, wo der andere mit Kenntnis der verbrecherischen Absicht des ihn benutzenden Täters, also selbst bewußt rechtswidrig handelt, aber des selbstständigen Täterwillens entbehrt und daher nur als Gehilfe im Sinne des § 49 St. G. B. in Betracht kommt".

[162]) vgl. die vor. Anm.

leiten [163]). Diese Ergebnisse sind aber jedenfalls hinfällig, falls ihre Grundlage, die subjektive Theorie, als unhaltbar dargetan ist. Die Widerlegung der subjektiven Teilnahmetheorie soll in den folgenden Ausführungen erfolgen.

Das Reichsgericht beruft sich für die subjektive Theorie zunächst auf die Motive (Sten. Ber. II 54, 457; I 226 [164]). Hier heißt es, daß „nicht sowohl lediglich das rein äußerliche Moment der gemeinschaftlichen Tätigkeit bei der Ausführung der Tat, sondern auch vorzugsweise der Charakter der Mitwirkung des einzelnen bei der Ausführung" zwischen Mittäterschaft und Beihilfe entscheiden soll; „nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der Tat, als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen ist, werde das wesentlich entscheidende Moment bilden". Weiter hat das Reichsgericht die Bedingungstheorie v. Buris verwertet in dem Sinne: Alle Bedingungen des Erfolges sind gleich notwendig und daher gleichwertig. Deshalb bleibe logisch allein die Möglichkeit, subjektiver [165]) Unterscheidung. Schließlich hat das Reichsgericht in seiner Stellungnahme noch ein tieferer Grund beeinflußt, auf den Mezger [166]) aufmerksam macht. Die Unterscheidung verschiedener Beteiligungsformen nach dem äußeren Sachverhalt beruht auf Bewertung des letzteren durch den Richter. Wenn das Reichsgericht die Unterscheidung dieser Art ablehnt, so geschieht das offenbar aus dem Bestreben, solche Wertungen subjektiver Art auszuschalten zu gunsten einer rein kausalen Betrachtungsweise. Das Reichsgericht wollte — auch im Interesse der Rechtseinheit — solche Wertungen nicht der „richterlichen Willkür" [167]) anvertrauen und durch das Festhalten an der kausalen Betrachtungsweise eine „tunlichst weitgehende Objektivierung der Richtertätigkeit" [168]) herbeiführen. — Diese Gründe halten einer genaueren Untersuchung nicht stand. Zunächst ist auffällig, daß das Reichsgericht unter auffallender Nichtbeachtung des Gesetzestextes, der klar auf eine objektive Unterscheidung hinweist (s. u.), auf die Motive Bezug nimmt, als wären diese die allein maßgebenden Rechtsquellen. Dabei

[163]) s. u. Vierter Abschnitt II 3) a. E.
[164]) so R. G. Bd. 2 S. 160.
[165]) so R. G. Bd. 3 S. 182.
[166]) Subjektivismus und Objektivismus usw. S. 16 ff.
[167]) Mezger a. a. O. S. 20.
[168]) Mezger a. a. O. S. 17.

werden die Motive ausschließlich im subjektiven Sinn verwertet, was ihrem Wortlaut kaum entspricht [169]) Weiter ist es methodisch und sachlich gleich unrichtig, aus der Bedingungstheorie zu folgern, daß die kausale Gleichwertigkeit sämtlicher Bedingungen eines Erfolges es unmöglich mache, objektiv zwischen Täter- und Teilnahmehandlung zu unterscheiden. Denn mit dieser Schlußfolgerung werden die kausale und die normative Betrachtungsweise gleichgestellt; beide müssen auf das schärfste geschieden werden. Was in kausaler Beziehung gleichwertig ist, kann in normativer völlig verschieden sein [170]). Danach zwingt die Bedingungstheorie nicht zu der Annahme der subjektiven Teilnahmetheorie (s. u.). Schließlich ist es nicht richtig, daß die objektive Theorie die Unterscheidung von Täter- und Beihilfehandlungen der „richterlichen Willkür" anzuvertrauen drohe, weil es genügend feste objektive Unterscheidungsmerkmale nicht gebe. Hiergegen ist anzuführen, daß Wertung nicht notwendig subjektive Willkür des Richters bedeutet. Denn diese Wertung läßt sich in gewissem Sinne objektivieren durch Heranziehen der „historisch-kulturellen Wertungsgesichtspunkte" [171]). Diese positiv rechtlichen, objektiven Wertungen finden sich im Strafrecht in den gesetzlichen Tatbeständen [172]). Diese Objektivierung führt auch weitgehend die Rechtseinheit herbei. Im übrigen werden auch auf anderen Gebieten des Strafrechts, so insbesondere bei der normativen Schuldlehre, dem Richter Wertungen übertragen. — Gegen die subjektive Theorie spricht weiter, daß die §§ 47, 48 und 49 St. G. B. von einer Verschiedenheit der Willensrichtung, die im einzelnen nur

[169]) vgl. v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 455 Anm. 6, Birkmeyer Die Lehre von der Teilnahme usw. S. 87, P. Merkel Zur Abrenzung von Täterschaft und Beihilfe S. 4 Anm. 1.

[170]) vgl. M. E. Mayer Allg. Teil S. 139 und S. 389, Sauer a. a. O. S. 473, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 310 und S. 322 Anm. 13, P. Merkel Allg. Teil S. 55 und S. 173 und Anstiftung und Beihilfe S. 139. Mezger D. Strafr. Z. Bd. VIII S. 205, Literaturbericht o Lammasch-Rittler Grundriß des österreichischen Strafrechts in der Z. f. d. ges. Strw. Bd. 49 S. 143, Strafrecht S. 444 und Subjektivismus und Objekt. usw. S. 10 ff., Eb. Schmid Die mittelbare Täterschaft S. 116, Wegener Teilnahme Reform des Strafrechts S. 106, Rosenfeld a. a. O. S. 169, K. Th. Kipp Die Lehre von der Teilnahme nach dem Strafgesetzentwurf von 1919 S. 48 ff.

[171]) Mezger a. a. O. S. 20.

[172]) vgl. Mezger a. a. O. S. 20 ff.

schwer nachweisbar ist [173]), nichts sagen [174]). Dabei läßt sie jedes Kriterium darüber vermissen, woran zu erkennen ist, ob animus auctoris oder cocii vorliegt [175]), und dehnt die Mittäterschaft auf Kosten der Anstiftung und Beihilfe unberechtigt weitgehend aus [176]). Sodann ist sie in einzelnen Fällen undurchführbar. Frank [177]) führt folgenden Fall an: Tötet A den Z, um damit dem B einen Gefallen zu tun, so fehlt ihm der animus auctoris, er wäre also nicht Täter. B könnte es aber nur sein, wenn er irgend etwas zum Tode des Z beigetragen hätte. Fehlt es aber hieran oder hat A den Wunsch des B nur irrtümlich angenommen, so wäre B nicht Täter; Z ist vorsätzlich getötet, aber es fehlt ein Täter [178]). Weiter geben die §§ 216 und 49 St. G. B. zu Bedenken gegen die subjektive Theorie Anlaß [179]). § 216 St. G. B. behandelt den Tötenden als Täter, obwohl er nur auf Wunsch des Getöteten, also ohne animus auctoris gehandelt hat; § 49b St. G. B. (Komplott) stempelt jede Mitwirkung zur Täterschaft, der Begriff der Beihilfe würde damit aufgehoben. Schließlich sprechen auch der Artikel 116 R. Verf. (§ 2 St. G. B.) und die rechtsstaatliche Funktion des Strafrechts (Bindung des Richters beim „Ob" der Strafe [180]) gegen die subjektive Teilnahmetheorie [181]). — Diese kann also zur Beantwortung der in der Einleitung gestellten Fragen nicht herangezogen werden.

---

[173]) Kern Die Teilnahme im E. 25 im G. S. Bd. 92 S. 127 und S. 152, Birkmeyer Teilnahme am Verbrechen V. D. Allg. Teil Bd. II S. 141 2 b. 1, Wegener a. a. O. S. 107.

[174]) vgl. Merkel-Liepmann Die Lehre vom Verbrechen usw. S. 165, Birkmeyer a. a. O. S. 89 ff., Rosenfeld a. a. O. S. 169, Frank Komm. Dritter Abschnitt II.

[175]) vgl. Finger Lb. Bd. I S. 339 Anm. 436 und S. 359 ff., v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 456 ff. und Die allg. Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf 1925 S. 58, Gerland Lb. S. 145, Coenders Strafrechtliche Grundbegriffe usw. S. 271, Merkel-Liepmann a. a. O.

[176]) v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 460, Beling Grdz. S. 66.

[177]) a. a. O.

[178]) vgl. in dieser Hinsicht Rosenfeld a. a. O. S. 169, Flegenheimer a. a. O. S. 27 (Beispiel), Kern a. a. O., Merkel-Liepmann a. a. O. S. 165, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 323 Anm. 13, Wachenfeld Lb. S. 201.

[179]) vgl. Frank a. a. O., v. Liszt-Schmidt a. a. O. und Mezger Strafrecht S. 445.

[180]) v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 25.

[181]) v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 323 Anm. 13 und S. 25, K. Th. Kipp a. a. O. S. 44 ff.

Es bleibt daher als Ausweg nur die objektive Unterscheidung von Täter- und Teilnahmehandlung. In den folgenden Ausführungen soll zunächst auf die materiell-objektive (1), dann auf die formal-objektive Theorie (2), eingegangen werden.

1. Die materiell-objektive Theorie will die Verschiedenheit zwischen Täterschaft und Teilnahme aus der Verschiedenheit der ursächlichen Beziehungen dieser Handlungen zum Erfolge erklären. Die einzelnen Ansichten [182]) gehen weit auseinander, was durch das Zurückgreifen auf die stark umstrittene Kausalitätslehre zu erklären ist. Auf die Ansichten von Birkmeyer [183]) und Frank [184]) soll als die wichtigsten eingegangen werden.

Birkmeyer [185]) sieht in der Täterschaft die Verursachung, in der Mittäterschaft die gemeinschaftliche Verursachung des verbrecherischen Erfolges, in der Anstiftung und in der Beihilfe das Setzen bloßer Bedingungen für den verbrecherischen Erfolg. Diese Ansicht ist undurchführbar, weil es ein kausales Maß für Wirksamkeiten nicht gibt; der Kausalzusammenhang besteht oder besteht nicht, hat aber keine Grade in dem Sinne, daß eine Bedingung des Erfolges notwendiger sein könnte als die andere [186]). Mit der strafrechtlichen Wertung, der Frage nach der strafrechtlichen Haftung hat die kausale Betrachtung nichts zu tun. Die Kausalität ist eine „strafrechtliche Arbeitshypothese" zum Zwecke der „bloß vorläufigen Festellung, ob ein Ereignis, das so aussieht wie ein Straftatbestand, überhaupt in einer zunächst noch so äußerlichen Weise auf das Verhalten eines Menschen irgendwie zurückgeführt werden kann" [187]). Weiter sagt das Gesetz nirgends, daß der Täter eine Ursache, der Gehilfe eine Bedingung setzen müsse [188]). Ferner ist die Ansicht

[182]) vgl. die eingehende Aufzählung bei Perten Die Beihilfe zum Verbrechen S. 11 ff..

[183]) Die Lehre von der Teilnahme usw. S. 95, S. 112 und S. 122 und das Strafrecht Enzyklopedie der Rechtswissensch. S. 113, 3.

[184]) Komm. Dritt. Abschn. II, §§ 47 II, 48 I und 49 I.

[185]) s. Anm. 183

[186]) vgl. Coenders a. a. O. S. 267

[187]) so Wegener a. a. O. S. 106 ff., vgl. auch Eberh. Schmidt Die mittelbare Täterschaft S. 115 ff., Perten a. a. O. S. 18, P. Merkel a. a. O. S. 16, Mezger Literaturbericht 6 Die Reform des Strafrechts in der Z. f. d. ges. Strw. Bd. 47 S. 481 VI, M. E. Mayer Allg. Teil S. 389.

[188]) vgl. Drost Anstiftung und mittelbare Täterschaft usw. in der Z. f. d. ges. Strw. Bd. 51 S. 364 Anm. 8, Wolf a. a. O. S. 37.

Birkmeyers innerlich unzutreffend, da es gilt, Schuldstufen auszuprägen, also nicht den kausalen Anteil, sondern dessen Wert zu würdigen. Der Anstifter kann, trotzdem er nur eine Bedingung setzt, weit mehr schuldig sein als der die Ursache setzende Täter. Hier kann man nicht sagen, der Anstifter habe nur eine Bedingung gesetzt [189]). Schließlich ist die Unterscheidung Birkmeyers praktisch kaum verwertbar, weil im Einzelfalle die wirksamste Bedingung eines Erfolges, die er als Ursache den übrigen Bedingungen gegenüberstellt [190]), ohne Willkür schwer festzustellen ist [191]).

Frank [192]) stellt ebenfalls den Satz auf, daß (bei Delikten mit Erfolgshandlungen) die Täterschaft in dem Setzen einer Ursache, die Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) in dem Setzen einer bloßen Bedingung bestehe. Nach ihm ist nun Ursache physisch vermittelte Kausalität, Bedingung psychisch vermittelte Kausalität [193]). Gegen diese Ansicht spricht einmal, daß das Gesetz keine Veranlassung zu einer Ausscheidung von Bedingungen aus den Ursachen gibt [194]). Die Unterscheidung Franks ist für den Gegensatz von Täterschaft und Beihilfe in manchen Fällen unverwertbar. So beruhen einerseits die mittelbare Täterschaft und viele Fälle unmittelbarer Täterschaft (Nötigungen und Betrug) auf psychisch vermittelter Kausalität, andererseits gehört zur Beihilfe ein großes Gebiet physisch vermittelter Kausalität (physische Beihilfe) [195]) [196]). Schließlich ist auch die Ansicht Franks innerlich unzutreffend [197]).

Es ist somit nicht möglich, k a u s a l e Wertunterschiede zwischen den Bedingungen eines Erfolges ausfindig zu machen und danach den Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme zu bestimmen.

---

[189]) vgl. M. E. Mayer Allg. Teil S. 389, Frank Komm. § 1 III 1 a, Coenders a. a. O. 269 und P. Merkel S. 173.

[190]) Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang S. 17 ff..

[191]) vgl. Frank Komm. § 1 III 1 a, P. Merkel Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beih. S. 16 und Perten a. a. O. S. 19.

[192]) s. o. Anm. 184.

[193]) a. a. O., ähnlich Gerland Lb. S. 144 III 1a und S 93 mit seiner Unterscheidung von Kollateral- und Deszendenzmitwirksamkeiten.

[194]) vgl. P. Merkel Anstiftung und Beihilfe S. 137.

[195]) vgl. Perten a. a. O. S. 26 ff., Merkel Anstiftung und Beihilfe S. 135 ff. M. E. Mayer Allg. Teil S. 388 Anm. 8.

[196]) Frank a. a. O. bezeichnet seine Theorie unrichtig als formal-objektive. richtig wird seine Theorie durchweg der materiell-objektiven zugewiesen, vgl. die Nachweisungen in der Anm. 198 und oben Dritter Abschnitt vor I.

[197]) s. o. Absatz 2.

2. Die formal-objektive Theorie geht von den Tatbeständen aus, wie dieses durch die einzelnen Strafdrohungen des besonderen Teils der Strafgesetze formuliert werden, und behandelt denjenigen als Täter, der eine tatbestandsmäßige Handlung setzt, und als Gehilfen, der andere Handlungen, vorbereitende oder unterstützende, vornimmt. Sie ist als die herrschende Theorie zu bezeichnen [198]). Ihre Begründung folgt zum Teil bereits aus den Ausführungen die oben I gegen die subjektive Teilnahmetheorie gemacht worden sind. Insbesondere kann sich die formal-objektive Theorie auf den Wortlaut des § 47 St. G. B. berufen [199]). Dieser bestimmt die Mittäterschaft dahin: „Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen" — § 47 St. G. B. kennzeichnet den Versuch als „Anfang der Ausführung". Die Behauptung nun, daß das Wort Ausführen im § 47 St. G. B. etwas anders bedeute als im § 43 St. G. B., wo die Ausführungshandlung im technischen Sinn, d. h. die Tatbestandshandlung des einzelnen Verbrechens gemeint ist [200]), entbehrt jeden Beweises [201]). Weiter ist darauf hinzuweisen, daß die Bedingungstheorie der formal-objektiven Theorie nicht entgegensteht, weil die einzelnen Bedingungen, die nur in kausaler Beziehung gleichwertig sind, in normativer Beziehung verschieden bewertet werden können und, wie die Fassung der §§ 47, 49 St. G. B. klar ergibt, vom Gesetz ob-

---

[198]) s. die Aufzählung bei Perten a. a. O. S. 8 Anm. 9, sie ist zu ergänzen durch: v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 433 ff., v. Liszt-Schmidt Lb. S. 309 ff., Eberh. Schmidt Die mittelbare Täterschaft S. 118 ff., Merkel Allg. Teil S. 173, Zur Abgrenzung von Täterschaft usw. S. 9 Anm. 6 mit Einschränkungen auf Seite 18 Anm. 16, Anstiftung und Beihilfe S. 134 ff., Wolf a. a. O. S. 37 ff., Rosenfeld a. a. O. S. 169. Lamasch-Rittler a. a. O. S. 147 und S. 153, Zimmerl a. a. O. S. 120, Drost a. a. O. S, Hegler zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 307, Subj. Rechtswidrigkeitsmomente S. 319, Mezger Vom Sinn usw. S. 24 und Strafrecht S. 444, hier jedoch Ergänzung durch die materiell-objektive Theorie (vgl. jedoch über Hegler und Mezger unten III Abs.).

[199]) Mezger Strafrecht S. 440 und S. 444.

[200]) so die herr. Ansicht; vgl. die Nachweisungen bei v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 398 Anm. 1 und von Liszt-Schmidt Lb. S. 295 Anm. 11. Auch das Reichsgericht (vgl. die Entscheidungen bei v. Hippel a. a, O. Anm. 2 und v. Liszt-Schmidt a. a. O. Anm. 11 Ziff., 3) entscheidet inkonsequent hier nach objektiven Merkmalen.

[201]) vgl. V. Hippel Lb. Bd. 2 S. 453 II 1, Kern a. a. O. S. 152, Merkel Zur Abgrenzung von Täterschaft usw. S. 22, Olshausen Komm, Dritter Abschnitt 5.

jektiv gewertet sind [202]). Perlen [203]) macht gegen die formal-objektive Theorie geltend, daß ihre praktische Brauchbarkeit eine beschränkte sei, weil der Begriff der Tatbestandshandlung nicht immer zu fassen sei. Zuzugeben ist, daß „Ausführungshandlung" kein logisch scharf umrissener Begriff ist [204]); aber auch „Verkehrsitte" und „Sorgfalt des Durchschnittsmenschen" sind es nicht, womit die Gerichte täglich arbeiten. Jedenfalls verdient aber der Begriff „Ausführungshandlung" den Vorzug vor den Begriffen „animus auctorius" und „animus socii" einerseits [205]) „Ursache" und „Bedingung" [206]) anderseits [207]) [208]).

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Täter ist wer Ausführungshandlungen, Gehilfe, wer andere (vorbereitende und unterstützende) Handlungen vornimmt.

III.

Im ersten Abschnitt ist nachgewiesen, daß es nicht nur objektive, sondern auch subjektive Unrechts-(Tatbestands-)elemente gibt. Zu den Ausführungshandlungen gehören somit auch subjektive Merkmale. Dadurch ergibt sich eine Weiterung: Täter ist jeder, der am Tatbestand, sei es auch ohne Verwirklichung eines äußeren Tatbestandsmerkmales nur durch das Erfüllen eines solchen subjektiven Merkmales teilnimmt, wogegen für den Gehilfen die sonstigen Formen der Mitverursachung außerhalb des so erweiterten Tatbestandes übrig bleiben [209]). Die Folgerungen, die sich aus dieser Weiterung für die Arbeitsdelikte ergeben, sollen im vierten Abschnitt eingehend dargelegt werden. — Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß die Bezeichnung formal-objektive Theorie

[202]) s. Anm. 170.

[203]) a. a. O. S. 10.

[204]) vgl. über den Begriff „Ausführungshandlungen" Schreiber Täterschaft und Teilnahme S. 15 ff..

[205]) s. o. I Abs. 4.

[206]) s. o. 1..

[207]) s. Zimmerl Grundsätzliches zur Teilnahme S. 44 ff. „Ich glaube jedoch, daß es leichter ist festzustellen, ob eine Handlung eine Täterhandlung ist oder sein kann, als ob sie eine adäquate Verursachungshandlung für den Tod eines Menschen ist oder sein kann".

[208]) vgl. Text zu den Anm. 171 und 172.

[209]) so Mezger und Hegler oben Anm. 198 und Grünhut Literaturbericht 4 Edmund Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände in der Z. f. d. ges. Strw. Bd. 50 S. 287.

nicht genau, nicht erschöpfend ist. Richtiger ist die Bezeichnung „formal-tatbestandliche" Theorie.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß bei den Absichtsdelikten von der herrschenden Ansicht[210]) gerade die formal-objektive Theorie eingeschränkt wird[211]). Derjenige, der die besondere Absicht nicht gehabt, soll nähmlich nur Gehilfe, nicht Täter sein, obwohl er die äußere tatbestandsmäßige Handlung allein vorgenommen hat. Wie unten[212]) näher dargelegt wird, ist dieser Beteiligte als Mittäter, nicht als Gehilfe aufzufassen; damit ist diese Einschränkung hinfällig[213]).

IV.

Die Zerrissenheit der Ansichten unter I und II spiegelt sich in den Entwürfen wieder[214]). Der V. E. bringt in den §§ 78, 79 in verkürzter Fassung lediglich die Vorschriften der §§ 48, 49 St. G. B. Der K. E. (§§ 33, 34, 36) und der E. 19 (§§ 26, 27, 29) versuchen die subjektive Teilnahmetheorie zur Durchführung zu bringen[215]). Eine klare objektive Unterscheidung findet sich im A. E. (§§ 25, 26): Täter ist, wer „eine strafbare Handlung ausführt", Gehilfe, „wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichert", Anstifter, „wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt"[216]). Die Entwürfe 27 und 30 beseitigen diese klare Unterscheidung wieder[217]) und wählen in den §§ 28, 29, 30 eine Fassung, die der §§ 47, 48 49 St. G. B. nahekommt. Doch weist die Begründung zum Entwurf 27 auf

---

[210]) Nachweisungen s. u. Anm. 275.

[211]) vgl. inbes. Beling Grdz. S. 64 I 1b.

[212]) Vierter Abschnitt II.

[213]) Die Frage, ob sich eine Einschränkung dadurch ergibt, daß der eine Ausführungshandlung Vornehmende nur den Gehilfenvorsatz hat, ist bestritten, vgl. M. E. Mayer Allg. Teil S. 404 und Gerland Lb. S. 145 III 1 bβ einerseits, Merkel Allg. Teil S. 143, Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beih. S. 22, Anstiftung und Beihilfe S. 140 ff., Frank Komm. Dritter Abschnitt II 1; über die Schwierigkeiten bei der mittelbaren Täterschaft siehe Beling Grdz. S. 39, Drost a. a. O. S. 363 und Wolf a. a. O. S. 44; diesen Fragen ist hier nicht nachzugehen.

[214]) vgl. zu den folgenden Ausführungen Mezger Strafrecht S. 414 IV.

[215]) Denkschrift zu dem E. 19 S. 44.

[216]) Begründung zum A. E. S. 27, vgl. ferner Gerland der Entwurf 25 S. 52, Wolf a. a. O. S. 38, v. Hippel Die allg. Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf 1925 S. 58.

[217]) Mezger a. a. O..

eine objektive Unterscheidung hin; S. 27 wird hervorgehoben, daß der Täter Ausführungshandlungen vornehmen muß, und dieses im einzelnen für die Tätigkeits- und Erfolgsdelikte dargetan; dieser genauen Abgrenzung gegenüber können die Ausführungen auf S. 29 daselbst, daß für die Beihilfe „weder rein subjektive noch rein objektive Merkmale maßgebend" seien, nicht in Betracht kommen. Die genannten Bestimmungen des Entwurfes 27 werden durchweg im Sinne der formal-objektiven Theorie ausgelegt [218]).

Die Entwürfe bringen eine einschneidende Neuerung in der Teilnahmelehre. Die extrem-akzessorische Form der Teilnahme wird beseitigt und in Übereinstimmung mit § 4 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 die limitiert-akzessorische Form eingeführt (K. E. §§ 35 Abs. 3, 36 Abs. 3, E 19 §§ 28 Abs. 1 S. 2, 29 Abs. 1 S. 2, A. E. § 27, Entwurf 27 § 31, Entwurf 30 § 31). Die Entwürfe 27 und 30 bestimmen unter der Überschrift „Selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers": „Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt". Die Teilnehmer sind also strafbar, ohne Rücksichtnahme auf die Strafbarkeit des Täters, entscheidend ist lediglich die Mitverursachung der Ausführungshandlung [219]).

Vierter Abschnitt.

Die Darstellung und Widerlegung der einzelnen Ansichten und der eigene Lösungsversuch.

Der Umkreis der Absichtsdelikte ist im zweiten Abschnitt festgelegt. Weiter ist für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im dritten Abschnitt eine formal-tatbestandliche Scheidung nachgewiesen. Für die in der Einleitung gestellten drei

[218]) so Merkel Anstiftung und Beis. S. 160, Rosenfeld a. a. O. S 184 und Frank Komm. Dritter Abschnitt II Abs. 1 a. E. und § 47 II. auf Grund des Wortlautes der Bestimmungen, Merkel a. a. O. außerdem auch auf Grund der Worte der Begründung, nach Mezger Strafrecht S. 415 neigen die Entwürfe 27 und 30 zu einer Kombination der subjektiven und objektiven Theorie.

[219]) Auf die Regelung der mittelbaren Täterschaft in den Entwürfen 27 und 30 wird des Zusammenhanges wegen unten Vierter Abschnitt IV 1. eingegangen.

Fragen ist somit der Gegenstand und der Ausgangspunkt festgelegt. In den folgenden Ausführungen soll nun diesen drei Fragen in der in der Einleitung gewählten Reihenfolge nachgegangen werden (I, II, III). Anschließend soll die Regelung dieser Fragen in den Entwürfen 27 und 30 dargestellt werden (IV).

I.

Die erste Frage lautet: Ist Mittäter, wer keine äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, aber (weil er) die Absicht hatte?

1. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich leicht aus den Ausführungen die oben im dritten Abschnitt III Abs. 1 über den Einfluß der subjektiven Unrechtselemente auf die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gemacht sind. Dort ist der Grundsatz aufgestellt, daß Täter jeder ist, der am Tatbestand, sei es auch ohne Verwirklichung eines äußeren Tatbestandsmerkmales nur durch das Erfüllen eines subjektiven Merkmales teilnimmt. Bei den Absichtsdelikten erscheint die Absicht als subjektives Unrechtselement, „subjektives Tatbestandselement“ [220]). Mittäterschaft umfaßt nun nicht nur die Fälle, in denen jeder Mitwirkende den gesamten Tatbestand erfüllt (zwei Diebe tragen den Koffer zusammen fort), sondern auch die, in denen jeder einen Teil der strafbaren Handlung ausführt (der erste Dieb erbricht die Kiste, der zweite trägt die Sachen fort). Welchen Teil der Ausführungshandlung der einzelne Mitwirkende im letzten Falle setzt, ist gleichgültig. Die Arbeitsteilung bei der Mittäterschaft kann danach so erfolgen, daß der eine Mitwirkende einen Teil der Ausführungshandlung allein vornimmt, wogegen der andere Teil derselben von ihm und einem zweiten Mitwirkenden gemeinschaftlich vorgenommen wird (der erste Dieb erbricht das Behältnis, zusammen mit dem zweiten trägt er die Sachen fort). Infolge der Anerkennung der Absicht als subjektives Unrechts-, Tatbestandselement führt dieser letzte Satz bei den Absichtsdelikten zu folgendem Ergebnis: Der Mitwirkende wird durch das Mitsetzen der Absicht Mittäter. Die äußere Seite des Tatbestandes nimmt der zweite Mitwirkende allein vor, die innere Seite des Tatbestandes, das Tat-

[220]) Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 24, für den der Tatbestand der Ausdruck speziellen typischen Unrechts ist, a. a. O. S. 6, vgl. oben erster Abschnitt I.

bestandsmerkmal Absicht setzen beide gemeinschaftlich. Der Nachweis der Absicht kann sich vereinzelt schwierig gestalten, weil es sich um einen rein inneren Vorgang handelt-doch stellt das Gesetz es auch in anderen Fällen, zum Beispiel beim Betrug, bei der Beleidigung, auf innere Gegebenheiten ab. Diese Beweisführung wird erleichtert in den — regelmäßig vorliegenden — Fällen, in denen der Betreffende zugleich Vor- oder Nebenhandlungen vorgenommen hat, mehr beim Veranlassen, weniger bei bloßer Unterstützung des anderen. Der vorstehend entwickelte Grundsatz wird von den Vertretern der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen durchweg anerkannt [221]).

Das Reichsgericht [223]) gelangt in den Fällen der vorigen Art mit anderer Begründung zum gleichen Ergebnis. Die Mittäterschaft ist auf Grund der subjektiven Theorie in den genannten Entscheidungen bejaht, wenn der betreffende die Absicht besaß (mit besaß) und äußerlich nur etwas Unter; geordnetes getan hat.

James Goldschmidt [222]) wendet sich gegen das obige Ergebnis. Er weißt zunächst darauf hin, daß mittelbarer Täter ist, wer in wollüstiger Absicht durch einen anderen unzüchtige Handlungen vornehmen läßt. Dann führt er aus: „Handelt dagegen auch der andere in wollüstiger Absicht, so macht die gleiche Absicht den Zusehenden noch nicht zum Mittäter". Zu diesem Ergebnis muß jeder kommen, der in der Absicht nicht ein subjektives Unrechtselement sieht [224]) und sich nicht zur subjektiven Teilnahmetheorie bekennt. [225]). Eine Begründung seiner Ansicht gibt James Goldschmidt nicht.

2. Nach Hegler [226]) soll bei den Erfolgsabsichtsdelikten nur der Mittäter sein, der einmal die betreffende Absicht hat und

---

[221]) so Hegler Die Merkmale des Verbrechens S. 34 Zum Wesen usw. S. 310 ff., Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 318 ff. (hier mit einer Einschränkung bei den Erfolgsabsichtsdelikten, über diese unten 2.), Zimmerl Zur Lehre vom Tatbestand S. 122 (mit der gleichen Einschränkung wie Hegler, über sie unten 2.), Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 24, Strafrecht S. 444, Rosenfeld a. a. O. S. 175, Honig a. a. O. S. 200.

[222]) vgl. etwa R. G. Bd. 53 S. 138, 54 S. 247, 59 S. 245.

[223]) Normativer Schuldbegriff S. 460 ff..

[224]) so James Goldschmidt, s. o. Erster Abschnitt II 1.

[225]) vgl. z. B. Birkmeyer Die Lehre von der Teilnahme usw. S. 143.

[226]) Nachweis oben Anm. 221.

sodann an der Ausführung der äußeren Handlung selbst beteiligt ist. Zur gleichen Einschränkung gelangt auch Zimmerl [227]), indem er den Grundsatz aufstellt, daß bei den echten Absichtsdelikten nur derjenige Täter sein könne, der den engeren Tatbestand verwirkliche oder mitverwirkliche [228]). Als Begründung führen beide an, daß bei Objektivierung der Absicht nach der objektiven Teilnahmetheorie nur dann Mittäterschaft gegeben sei, wenn der Betreffende an dieser Ausführungshandlung sich beteiligt hatte, da der Erfolg bei den Erfolgsabsichtsdelikten von selbst eintrete. Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß der Betreffende an der Ausführungshandlung durch das Setzen des subjektiven Unrechtselementes Absicht teilnimmt. Weiter wäre auffallend, daß gerade derjenige, der dem Verhalten des anderen den gesellschaftsschädlichen Charakter gibt, nicht als Täter bestraft werden könnte. Die Ansicht von Hegler und Zimmerl würde zutreffen, falls das Gesetz das als beabsichtigt Verlangte in Außenweltwirklichkeit als durch die Handlung verursachten Erfolg forderte. Die hier vertretene Ansicht ergibt sich eben daraus, daß das Gesetz bei den Absichtsdelikten den Eintritt des Erfolges *nicht* zur Verbrechensvollendung erfordert. Hegler [229]) läßt eine Begründung dafür vermissen, weshalb die Objektivierung der Absicht hier „heuristisches Prinzip" sein soll. Diese Abweichung von Hegler und Zimmerl findet sich nicht bei Mezger [230]) und Honig [231]) [232]).

II.

Die zweite Frage lautet: Ist Täter, Mittäter, wer die Absicht nicht hatte, aber (weil er) die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat?

1. Es ist hier an folgende Fälle zu denken: Der Knecht A treibt im Auftrage seines Herrn B die Hühner des Nachbaren C in seinen (des B) Hof. A kennt die Aneignungsabsicht des B [233]).

---

227) Nachweis oben Anm. 221.

228) s. o. Erster Abschnitt II 3.

229) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 332 c) aa).

230) a. a. O.

231) a. a. O. S. 200, insb. Anm. 5.

232) Auch in den früheren Schriften Heglers findet diese Abweichung sich nicht, s. O. Anm. 221.

233) Die Frage, ob in diesen Fällen im Sinne der normativen Schuldlehre die Schuld des A entfällt, ist hier nicht zu beantworten.

— A macht Geld nach und weiß, daß B dieses in Verkehr bringen will, er selbst (A) hat aber diesen Willen nicht, zu diesem Zweck nicht nachgemacht.

Diese Fälle ergeben deutlich, daß die Frage nach der Strafbarkeit des A eng mit der des B zusammenhängt. Die vorliegende Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, daß A und B Mittäter sind. Es ist somit gleichgültig, ob zuerst die Strafbarkeit des A oder des B untersucht wird. Mit A soll begonnen werden, weil er die äußeren Tatbestandsmerkmale — also das regelmäßig Vorliegende — verwirklicht.

Die Frage nach der Strafbarkeit des A wird verschieden beantwortet; durchweg wird sie behandelt bei der Frage nach der Strafbarkeit des B. Es ist also auf das Schrifttum über das absichtslose dolose Werkzeug zurückzugreifen [234]). Dieses Schrifttum wird hier nur insoweit eingehend herangezogen, als es auf Grund der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen eine Lösung der Frage versucht. Im übrigen soll es nur zum Vergleich im Anschluß an die einzelnen Ansichten genannt werden.

2. Nach Mezger [235]) und Zimmerl [236]) wird in den vorstehenden Fällen A als Mittäter bestraft. Mezger weist zunächst darauf hin, daß in den Fällen des absichtslosen dolosen Werkzeuges der Veranlassende mittelbarer Täter sei. Dann führt er aber aus: Das „Werkzeug" werde Mittäter, wenn es (die Tendenz oder) die Absicht des anderen kenne und mit diesem in bewußten und gewollten Zusammenwirken (wenn auch ohne eigene Tendenz und Absicht) handele, denn der eine liefere den subjektiven, der andere den objektiven tatbestandsmäßigen Tatbeitrag und beide müssen sich bei solchem gegenseitigen Einverständnis nach § 47 St. G. B. den Tatbeitrag des anderen anrechnen lassen. — Zimmerl läßt eine Begründung seiner Ansicht vermissen.

Die Begründung dieser Ansicht ergibt sich zunächst aus den Ausführungen die oben Dritter Abschnitt III Abs. 1 über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gemacht sind. Dort ist dargelegt, daß Täter ist, wer am Tatbestand — sei es auch ohne Verwirklichung eines äußeren Tatbestandsmerkmales

---

234) s. o. Einleitung Abs. 2.

235) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 24 und insb. Strafrecht S. 428.

236) a. a. O. S. 122 a) Abs. 3 c).

nur mit der vom Gesetz verlangten Absicht — teilnimmt, wogegen für den Gehilfen die sonstigen Formen der Mitverursachung des Erfolges außerhalb des so erweiterten Tatbestandes übrig bleiben. Das innere Tatbestandsmerkmal Absicht ist damit für die in der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme liegende Bewertung den äußeren Tatbestandsmerkmalen gleich gestellt. Es erhebt sich nun die Frage, ob diese Gleichstellung der inneren und äußeren Tatbestandsmerkmale sich auf die Schuld auswirkt. Oben [237]) ist bereits nachgewiesen, daß die subjektiven Unrechtselemente auch zur Schuld gehören. Es bleibt nun noch die Frage, ob die Absicht hier als potenzierter (Absicht) oder einfacher Vorsatz aufzufassen ist [238]). Die Ansichten hierüber sind geteilt. Die aufgeworfene Frage wird jedoch im letzten Sinne zu beantworten sein. Es genügt also auf der Schuldseite das Wissen und Wollen des subjektiven Unrechtselementes Absicht. Dieses ergibt ein Vergleich mit den äußeren Tatbestandsmerkmalen, bei denen Wissen und Wollen genügt. Für eine verschiedenartige Behandlung der äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale liegt kein Grund vor. Ferner bleibt bei den Erfolgsabsichtsdelikten beim Eintritt des Erfolges doch nur ein Wissen und Wollen desselben möglich. Hegler [239]) macht hiergegen geltend, als Gegenstand des (psychologischen) Vorsatzes komme nur Äußeres, daher nicht die Absicht in Betracht, ein Wissen und Wollen des Gewußten und Gewollten zu verlangen sei abwegig. Aber in den unter 1. genannten Fällen ist doch die Absicht des B für den A etwas Äußeres. Weiter muß Hegler [240]) selbst zugeben, daß die Frage nach dem Wissen und Wollen der subjektiven Unrechtselemente im Falle des Irrtums auftauchen kann. Richtig ist allerdings, daß in sehr vielen Fällen diese Frage (so bei B) überflüssig ist. Aber die hier vorliegenden Fälle und die Fälle des Irrtums verlangen ein Aufwerfen dieser Frage. Hegler [241]) weist dagegen mit Recht unter Bezugnahme auf den Versuch darauf hin, daß die Absicht hier nicht im Sinne eines potenzierten Vorsatzes verstanden werden könne, und in der J. W. Jahrg. 52 I S. 609 zu 8 stellt er den richtigen Satz

---

[237]) Erster Abschnitt II 2.
[238]) vgl. o. Anm. 52.
[239]) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 292.
[240]) a. a. O. S. 296.
[241]) a. a. O. S. 297.

auf: „Dann ist die Absicht — gleich Vorsatz, für die subjektiven Rechtswidrigkeitsmomente genügt — das einfache Wollen". Der vorstehend entwickelten Ansicht kommt Mezger [242]) nahe, indem er Mittäterschaft annimmt, wenn das Werkzeug die Absicht des anderen lediglich kennt. Damit verlangt er nicht Absicht im technischen Sinne, sondern einfachen Vorsatz. Ferner können die Ausführungen P. Merkels im Allg. Teil S. 111 zur Bestätigung herangezogen werden. Merkel legt zunächst dar, daß beim Diebstahl der Zweck des Täters, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, bei der Urkundenfälschung die rechtswidrige Absicht und der Täuschungszweck Tatumstände seien. Hiermit erkennt er sachlich subjektive Unrechtselemente an. Er führt zunächst richtig weiter aus: „Von all diesen Tatsachen muß der Täter Kenntnis haben", spricht dann aber wieder von Absicht als Beweggrund. Damit gelangt er zu dem gleichen Ergebnis wie Frank [243]), M. E. Mayer [244]) und v. Hippel [245]), die in der Absicht ein subjektives Unrechtselement sehen, aber bei der Schuldfrage die Absicht nicht als einfachen, sondern potenzierten Vorsatz (Absicht) auffassen. Zusammenfassend ist festzustellen, daß für die Schuldfrage Wissen und Wollen des subjektiven Unrechtselementes Absicht ausreicht. Dieses Ergebnis führt zur Lösung der unter 1. genannten Fälle. A und B sind beide an der Ausführungshandlung beteiligt, A hat die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht, B das innere Tatbestandsmerkmal [246]). Der Vorsatz des Mittäters umfaßt in psychologischer Beziehung: 1. Die Kenntnis der Verbrechensmerkmale und 2. das Bewußtsein des Zusammenwirkens. Daß diese Voraussetzungen bei A gegeben sind, bedarf nach den obigen Ausführungen keiner weiteren Darlegung. A ist somit Mittäter.

Die hier vertretene Ansicht läßt sich auch aus verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes nachweisen. — Zunächst kann in gewisser Hinsicht auf den § 124 St. G. B. zurückgegriffen werden. § 124 St. G. B. bestraft als Täter nicht nur den, der die Absicht Gewalttätigkeiten zu begehen selbst gehabt hat, sondern

[242]) Strafrecht S. 428 und Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 23 und 24 Anm. 1.

[243]) Komm. § 59 VI.

[244]) Allg. Teil S. 188.

[245]) Lb. Bd. 2 S. 188.

[246]) über B. s. u. III.

auch den, der diese Absicht der Menschenmenge, ohne daß er selbst in seiner Person eine entsprechende Absicht gehabt hat, gekannt und gebilligt hat[247]). Wer an der Zusammenrottung und dem Eindringen teilgenommen hat, ist Täter, auch wenn er die fragliche Absicht nicht selbst gehabt hat. Wissen und Wollen der Absicht der anderen macht ihn bereits zum Täter. — Ferner ist hier § 330 Abs. 2 Entwurf 27 zu nennen, nach dem — bestraft wird, wer einen Diebstahl begeht, bei der er oder ein Teilnehmer eine Waffe — bei sich führt, um einen persönlichen Widerstand zu überwinden. Daß hier die Absicht als subjektives Unrechtselement aufzufassen ist, ist oben[248]) bereits dargelegt. In der Begründung zum Entwurf 27 S. 168 ist ausgeführt, daß die erhöhte Strafe den unbewaffneten Dieb nach den allgemeinen Regeln über den Vorsatz dann trifft, wenn er von der Bewaffnung seines Gefährten Kenntnis hatte. Es wird hier also als Mittäter bestraft, wer die fragliche Absicht nicht hatte, sondern nur die Absicht des anderen kannte. Dieser Fall unterscheidet sich von den unter 1. erwähnten Fällen lediglich dadurch, daß der andere auch (neben dem ersteren) äußere Tatbestandsmerkmale, nicht nur das innere Merkmal Absicht verwirklicht; aber diese Abweichung spielt bei der Frage nach der Strafbarkeit des ersteren, der die fragliche Absicht nicht hatte, keine Rolle, für ihn ist in beiden Arten von Fällen die Lage die gleiche. Dem § 330 Abs. 2 Entwurf 27 ist sachlich § 298 Abs. 2 A. E., der im Wortlaut abweicht, gleichzustellen[249]).

Das Schrifttum, das ohne Heranziehen der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen die Lösung der vorigen Frage versucht, will überwiegend in den vorstehenden Fällen A nicht als Mittäter bestraft wissen[250]). Birkmeyer[251]) kommt dagegen der hier vertretenen Ansicht nahe: „Wenn der A wissend und wollend mit dem B zusammen die Ausführungshandlung, also die Wegnahme verübte, so ist er Mittäter, auch wenn er für sich die spätere rechtswidrige Zueignung nicht beabsichtigte —, sobald er nur wußte und wollte, daß B beabsichtigte, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen". Zur Begründung führt er an[252]),

---

[247]) s. o. Zweiter Abschnitt I 2. c.
[248]) Zweiter Abschnitt I 2. k.
[249]) vgl. Begründung zum A. E. S. 155.
[250]) s. u. 3.
[251]) a. a. O. S. 142 ff.
[252]) a. a. O. S. 257.

daß der Mittäter sich für dasjenige, was die Absicht rechtswidriger Zueignung zur Strafbarkeit der Wegnahme fremder Sachen beiträgt, durch sein Wissen und Wollen dieser Absicht bei dem Mitwirkenden gerade so verantwortlich machen könne, wie er sich auch für den vom Mitwirkenden verübten Teil der Wegnahme durch Wissen und Wollen dieser Wegnahme verantwortlich mache. Dieser Ansicht steht auch Wolf [253]) nicht ganz abgeneigt gegenüber. Er führt dort aus, das Vorhandensein des § 47 St. G. B. in seiner ganz unbestimmten und weitherzigen Fassung gestatte es möglicherweise, auch einen ohne Zueignungsabsicht Beteiligten als Mittäter aufzufassen [254]). Birkmeyer und Wolf verlangen zwar, daß der Beteiligte, der die fragliche Absicht hat, zugleich ein äußeres Tatbestandsmerkmal verwirklicht — folgerichtig, weil sie die Absicht nicht als Tatbestandsmerkmal auffassen, wie es hier geschieht; doch ist diese Abweichung bei der Frage nach der Strafbarkeit des anderen Beteiligten, der die Absicht nicht selbst hatte, bedeutungslos [255]). — In diesem Zusammenhang ist auf die Ausführungen Pertens zu dieser Frage [256]) einzugehen. Seine Ausführungen sollen zum Teil allerdings nur de lege ferenda gelten. Zunächst weist er darauf hin, daß bei den Absichtsdelikten jeder an der Verwirklichung des Tatbestandes Beteiligte als Mittäter zu bestrafen ist, wenn er die geforderte Absicht seiner Mitwirkenden kannte. Zur Begründung führt er an, für die Zwecke des Rechtes komme es darauf an, die Verwirklichung der Absicht hintanzuhalten. Wer diese Absicht eines anderen durch vorsätzlichn Mitwirkung fördere, handele daher dem Zwecke des Gesetzez entgegen. Sein Vorsatz sei dann auf die Verwirklichung der rechtswidrigen Absicht des anderen gerichtet; sein minder selbstsüchtiges Motiv schließe den Verbrechensvorsatz nicht aus, sei vielmehr nur bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Diese Ausführungen Pertens teile ich. Er gelangt dann aber zu dem seltenen Ergebnis, daß das dolose Werkzeug der eigentliche Täter sei, wogegen der andere Beteiligte, der die fragliche Absicht hatte, als

[253]) a. a. O. S. 40 und 42.

[254]) Nach Wolf (a. a. O. Anm. 10) soll Kern Die Teilnahme im E 25 S. 142 einen „Gehilfen", der ohne eigene Zueignungsabsicht Gewalt anwendet, infolge des § 47 St. G. B. als Mittäter beim Raub betrachten; dieses ist jedoch den Ausführungen Kerns a. a. O. S. 142 ff. schwerlich zu entnehmen.

[255]) s. den vor. Absatz a. E.

[256]) a. a. O. S. 138 ff.

Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) zu bestrafen sei, weil er die Ausführungshandlung des ersteren nur veranlaßt oder unterstützt habe [257]). Zu dieser Ansicht wird Perten wohl deshalb gelangt sein, weil er bei dem Beteiligten, der nur die fragliche Absicht hatte, ein Mitwirken an der Ausführungshandlung nicht nachzuweisen vermochte. Diese Mitwirkung ergibt sich aber aus der Auffassung der Absicht als subjektives Unrechts-, Tatbestandselement, sie führt hier zur Mittäterschaft.

Ich fasse das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen zusammen: Bei den Absichtsdelikten ist der Mittäter, welcher nur die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, wenn er die Absicht des anderen Beteiligten kannte.

3. Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht betrachten Hegler [258], Eberh. Schmidt [259]) und Rosenfeld [260]) in den unter 1. angegebenen Fällen den A nicht als Mittäter.

Rosenfeld [261]) verneint die Täterschaft des A nur mit dem Hinweis, daß sein Tun der „subjektiven Färbung" entbehre. Dagegen geben Hegler und Eberh. Schmidt eine eingehende Begründung, auf die einzugehen ist. Die folgenden Ausführungen erfordern ein gleichzeitiges Aufwerfen der Frage nach der Strafbarkeit des B, ich muß daher insoweit den Ausführungen unter III vorgreifen. — Hegler [262]) will die Fälle lösen mit der Übergewichtstheorie. Nach dieser soll die Begründung der mittelbaren Täterschaft darin liegen, „daß der objektiv nur Veranlassende — gegenüber dem objektiv (allein) Ausführenden in bestimmter Richtung ein solch erhebliches Übergewicht besitzt, daß bei ihm, der doch immerhin objektiv eine Bedingung — zur äußeren Deliktsrealisierung — setzt, der Mangel eigener objektiver Ausführungshandlung für die bewertende Betrachtung

---

[257]) vgl. auch Frank Komm. Dritter Abschnitt III 2. H läßt durch V Geld fälschen, um die Stücke als echte in den Verkehr zu bringen (§ 146 St. G. B.). H hat V in seine Absicht eingeweiht. „In diesem Falle ist V Täter und H Anstifter".

[258]) Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 319, S. 321 und S. 323, Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 311 ff.

[259]) v. Liszt-Schmidt Lb. S. 320 und S. 318 Anm. 6, Die mittelbare Täterschaft S. 127.

[260]) a. a. O. S. 173 und S. 175.

[261]) Rosenfeld a. a. O. S. 174.

[262]) Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 306 ff.

des Rechts betreffend die Verteilung der Rollen — weitaus überkompensiert und er so als die Hauptperson, als Täter erscheint“ [263])! Nach Hegler erscheint also das Übergewicht im Sinne der Kausalbetrachtung überkompensiert durch das Übergewicht im Sinne einer andere Verbrechensmomente, die teils auf dem Gebiete der Schuld, teils auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeitsmomente außerhalb der objektiven Ausführungshandlung liegen sollen [264]), ins Auge fassenden Betrachtungsweise. Die Übergewichtssituation soll bei den hier in Frage stehenden Fällen des absichtslosen dolosen Werkzeuges in Momenten der Rechtswidrigkeit liegen [265]). Bei dem objektiv die Ausführungshandlung Vornehmenden sollen die die Rechtswidrigkeit entscheidend beeinflussenden Momente, die subjektiven Unrechtselemente, fehlen, während sie bei dem Veranlassenden vorhanden seien; deshalb erscheine hier der erstere nicht als Täter, obwohl Vorsatzschuld bei ihm vorliege („doloses Werkzeug“), sondern der letztere als mittelbarer Täter [266]) und erstere als Gehilfe. — Eberh. Schmidt [267]) ist ebenfalls der Ansicht, daß derjenige, der ohne die Zueignungsabsicht einem anderen eine Sache wegnimmt, im Sinne des § 242 St. G. B. nicht rechtswidrig handele, weil ein für die Rechtswidrigkeit nach dieser Bestimmung entscheidendes subjektives Unrechtselement fehle. Aus dem Fehlen der Rechtswidrigkeit im Sinne des fraglichen Tatbestandes ergebe sich unter Zugrundelegung einer normativer Vorsatzauffassung das Fehlen des Vorsatzes im Sinne des gleichen Tatbestandes. Für den Veranlassenden sei dagegen die Handlung rechtswidrig, weil ihm die typische Deliktsabsicht im Sinne des § 242 St. G. B. eigne, und daher auch schuldhaft; er sei daher mittelbarer Täter.

Diese Ansichten kommen insofern zu einem richtigen Ergebnis, als sie den A weniger bestraft wissen wollen als den B. Dieses Ergebnis kann jedoch auch bei der hier vertretenen Ansicht in den meisten Fällen erreicht werden [268]). Die große Mehrzahl der Strafgesetze enthält keine absolute, sondern nur eine

---

[263]) a. a. O. S. 306.
[264]) a. a. O. S. 307 und S. 308.
[265]) a. a. O. S. 309.
[266]) a. a. O. S. 309, S. 311 und S. 312.
[267]) Die mittelbare Täterschaft S. 125 und S. 127.
[268]) s. o. 2. Abs. 4.

relative Strafandrohung, es ist daher eine Abstufung innerhalb der Strafrahmen möglich. Die vorstehenden Ansichten geben aber zu manchem Bedenken Anlaß. Gegen die Übergewichtstheorie Heglers spricht, daß „Übergewicht" nur eine Metapher ist [269]) und feste Abgrenzungslinien für das Vorliegen des Übergewichts fehlen. Nach Hegler und Eberh. Schmidt soll der objektiv die Ausführungshandlung Vornehmende nicht rechtswidrig handeln, weil er das subjektive Unrechtselement Absicht nicht verwirkliche, wogegen der ihn Veranlassende rechtswidrig handeln soll, weil er eben dieses Unrechtselement setzt. Aber die Handlung des ersteren wird doch durch die Absicht des Veranlassenden rechtswidrig, sie bildet einen Teil des gesamten (äußeren und inneren) Tatbestandes. Daher scheint es mir unmöglich, die Handlung für den ersteren als nicht rechtswidrig, für den letzteren als rechtswidrig anzusehen [270]). Sie ist entweder für beide rechtsmäßig oder rechtswidrig. Hegler gelangt ferner zu dem eigenartigen Ergebnis, daß das Werkzeug zwar vorsätzlich aber nicht rechtswidrig handelt [271]). Gegen Hegler und Eberh. Schmidt ist weiter anzuführen, daß sie hier die formal-tatbestandliche Theorie aufgeben, indem sie den objektiv die Ausführungshandlung Vornehmenden nicht als Täter, sondern als Gehilfen bestrafen [272]) [273]). Schließlich führt die Ansicht Heglers und Eberh. Schmidts zu folgendem Ergebnis: Der Anstifter braucht die zum Tatbestand des Verbrechens gehörige Absicht nicht zu haben, sondern nur das Bewußtsein vom Vorhandensein derselben beim Täter [274]). Nach § 48 St. G. B. ist der Anstifter nach dem Gesetz zu bestrafen, das auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er angestiftet hat. Soll nun das „absichtslose dolose Werkzeug" nur als Gehilfe nach einem milderen Strafrahmen (§§ 49, 44 St. G. B.) bestraft werden, obwohl es die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht, nicht nur angestiftet hat. Bei gleicher innerer Lage kann doch den Anstifter grundsätzlich nicht eine schwerere Strafe treffen als den an der Ausführungshandlung Teilnehmenden.

[269]) vgl. Eberh. Schmidt a. a. O. S. 121.

[270]) vgl. in dieser Hinsicht auch Mezger Strafrecht S. 426 II und Anm. 4.

[271]) vgl. Eberh. Schmidt a. a. O. S. 127, Anm. 1 Abs. 1 a. E.

[272]) s. o. Dritter Abschnitt III Abs. 2.

[273]) vgl. Perten a. a. O. S. 140.

[274]) so Olshausen Komm. § 48 Anm. 14, Birkmeyer Die Lehre von der Teilnahme S. 143.

Die vorstehend abgelehnte Ansicht wird von den Schrifttum, das diese Frage nicht auf Grund der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen lösen will, überwiegend geteilt [275]; eine weniger verbreitete Ansicht [276] hält mittelbare Täterschaft für ausgeschlossen, weil der Mittelsmann „doloses" Werkzeug sei und sucht mit Hilfskonstrukfionen die Bestrafungsmöglichkeit zu retten. Die Stellungnahme zu diesen verschiedenen Ansichten fällt aus dem Rahmen dieser Arbeit [277]. Es sei nur bemerkt, daß diese Ansichten in den Begründungen — falls sie überhaupt eine geben — weit auseinandergehen und nicht befriedigen. Oetker [278] ist daher sogar der Ansicht, daß eine Lösung der bei den Zweckdelikten auftauchenden Frage nach der objektiven Teilnahmetheorie unmöglich sei.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu den vorliegenden Fragen ergeben bereits die früheren [279]. Perten [280] bezeichnet die dort angegebene Lösung als folgerichtig aus der subjektiven Teilnahmetheorie entwickelt. Mit Hegler [281] ist dagegen anzuführen, daß sich die Bereiche „Wollen der Tat als eigener" und Absicht, sich zuzueignen" (usw.) sich nicht decken. Denn einmal wird man von dem, der bewußt einen Geisteskranken bestimmte, daß er eine Sache wegnahm, um sie sich (den Geisteskranken) zuzueignen [282], häufig sagen können, er habe die Tat als eigene gewollt, obwohl er die Absicht, sich die Sache zuzueignen, nicht hat. Weiter kann aus dem „Sichzueignen" beim Diebstahl deshalb nichts auf das Wollen der Tat als eigener als Kennzeichnen der Täterschaft gefolgert werden, weil das Gesetz nicht unbedingt die Absicht, sich rechtswidrig zuzueignen, erfordern muß, sondern es ebenso gut auf die Absicht, sich oder

---

[275]) vgl. die Aufzählungen bei Perten a. a. O. S. 140 Anm. 251 und Wolf a. a. O. S. 59 Anm. 22 (sehr eingehend); zu ergänzen durch P. Merkel Allg. Teil S. 170, v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 474, Lammasch-Rittler Grundriß des österreichischen Strafrecht S. 149.

[276]) vgl. die Aufzählung bei Wolf a. a. O., ferner noch Hübner a. a. O. S. 79, K. Th. Kipp a. a. O. S. 12 Anm. 12, Beling Grdz. S. 70, Frank Komm. Dritter Abschnitt III 2.

[277]) s. o. Einleitung Abs. 2.

[278]) Zur Strafrechtsreform S. 197.

[279]) s. o. Dritter Abschnitt I Abs. 2.

[280]) a. a. o. S. 140.

[281]) Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 319 ff.

[282]) s. über diesen Fall unter III 2). Abs. 2.

einem Dritten durch Zueignung der Sache unrechtsmäßig zu bereichern, – so Entwurf 27 § 32S — abstellen könnte.

Diese Ansichten vermögen also das oben [283]) gefundene Ergebnis nicht zu ändern.

III.

Die letzte Frage schließlich lautet: Ist Täter, wer die Absicht hatte, aber nicht ausgeführt hat, sondern nur einen anderen zur Ausführung veranlaßt hat, der diese Absicht nicht hatte?

Hier ergeben sich zwei Möglichkeiten: Der andere kennt die Absicht des Veranlassenden (1) oder nicht (2). Die erste Möglichkeit ist vorwegzunehmen, weil sie sich unmittelbar an die Ausführungen unter II anschließt.

1. In den oben II 1. genannten Fällen ist nun die Strafbarkeit des B zu untersuchen. Rosenfeld, Hegler und Eberh. Schmidt [284]) wollen in Fällen dieser Art den B als mittelbaren Täter bestrafen. Zu ihren Ansichten ist bereits oben [285]) Stellungnahme erfolgt, auf die hier verwiesen wird. Gegen die mittelbare Täterschaft des B spricht, daß er durch die Verwirklichung des Unrechts-Tatbestandselementes Absicht unmittelbar an der Ausführungshandlung teilnimmt. Der B ist daher Täter und zwar Mittäter, weil er mit dem Täter A die Tatbestandsmerkmale gemeinschaftlich verwirklicht [286]). Diese Ansicht teilen Mezger und Zimmerl. Diese Frage ist jedoch mehr eine Frage der Konstruktion.

Das sonstige Schrifttum bestraft überwiegend [287]) den B als mittelbaren Täter, ebenso das Reichsgericht [288]).

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Frage einzugehen, ob B außer als Täter noch als Anstifter oder Gehilfe zu bestrafen ist, weil er den Mittäter A — in manchen Fällen wird das der Fall sein — zur Tat bestimmt oder unterstützt hat. Dieses ist jedoch zu verneinen, weil die selbständige Täterschaft die unselbständige Teilnahme in sich schließt [289]).

---

[283]) s. o. 2. a. E.

[284]) Nachweise s. o. II 3. Abs. 2.

[285]) s. o. II 3. Abs. 3.

[286]) Nachweis s. o. II 2. Abs. 1.

[287]) s. o. Anm. 275.

[288]) s. o. II 3. a. E.

[289]) vgl. v. Hippel Lb. Bd. 2 S. 495, v. Liszt-Schmidt Lb. S. 332 und Frank Komm. § 48 IV.

2. Bei der zweiten Möglichkeit ist etwa an folgenden Fall zu denken: B läßt durch A Geld fälschen unter der Erklärung, er wolle die Stücke als Schmuckgegenstände verwenden, während er sie als echtes Geld in Verkehr bringen will (§ 146 St. G. B.). Hier ist B teilweise unmttelbarer, teilweise mittelbarer Täter. Unmittelbarer Täter ist er insoweit, als er das subjektive Tatbestandselement Absicht erfüllt. Hinsichtlich der Verwirklichung des äußeren Tatbestandes ist er mittelbarer Täter. Denn B handelt hier nicht mit den Vorsatz, den die Strafdrohung voraussetzt; sein Vorsatz ist zwar auf die Begehung des äußeren Tatbestandes gerichtet, nicht mehr auf die weitergehende Absicht, die das Gesetz erfordert. B ist also nicht doloses absichtsloses Werkzeug: Der Fall liegt nicht anders, als wenn B durch den geisteskranken A die Fälschung vornehmen läßt. Zu vergleichen ist folgender Fall: B verwirklicht die äußeren Tatbestandsmerkmale teilweise selbst, teilweise der von ihm veranlaßte geisteskranke A; Hier ist offensichtlich B teilweise unmittelbarer, teilweise mittelbarer Täter [290]). Diese Folgerung muß auch dann gezogen werden, wenn bei einen Absichtsdelikt B nur das innere Tatbestandsmerkmal Absicht verwirklicht, weil dieses dem äußeren gleichsteht [291]). Durchweg wird in derartigen Fällen lediglich mittelbare Täterschaft angenommen [292]), weil die Absicht nicht als subjektives Tatbestandmerkmal aufgefaßt, bzw. daraus für die Täterschaft nicht die Folgerungen gezogen werden. Hegler [293]) nimmt hier mittelbare Täterschaft an, weil bei dem Veranlassenden ein Doppelübergewicht vorliegt; dieser Lösungsversuch fällt mit der Ablehnung der Übergewichtstheorie [294]). Diese Frage ist jedoch auch hier mehr eine Frage der Konstruktion.

Von diesen Fällen (und den Fällen unter I und II) sind zu scheiden Fälle folgender Art: B veranlaßt den Geisteskranken A eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen in der Absicht, sich selbst (dem A) dieselbe rechtswidrig zuzueignen. Diese Frage läßt sich nicht den drei in der Einleitung aufgeworfenen Fragen eingliedern; ihr Zusammenhang mit der in der vor-

290) vgl. Wolf a. a. O. S. 44 Anm. 25.

291) vgl. oben Dritter Abschnitt III Abs. 1.

292) s. o. z. B. Mezger Strafrecht S. 428, Perten a. a. O. S. 139 und Frank Komm. Dritter Abschnitt III 2.

293) Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 312.

294) s. o. II 3. Abs. 3.

liegenden Aufgabe verlangt jedoch — zweckmäßig im Anschluß an die Ausführungen im vorstehenden Absatz — ihre Behandlung. Die Lösung dieses Falles ist nicht einheitlich. Wolf [295]) und Beling [296]) wollen den B weder als mittelbaren noch unmittelbaren Täter bestrafen [297]). Beling sieht in der Absicht ein subjektives Sondermerkmal höchstpersönlichen Charakters; nach ihm kann demgemäß der nicht als Täter in Betracht kommen, bei dem das Sondermerkmal nicht vorliegt. Die Widerlegung dieser Begründung ergeben bereits die früheren Ausführungen [298]) [299]). B ist hier vielmehr mittelbarer Täter. Die äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale verwirklicht er durch den unzurechnungsfähigen A. Daß A das subjektive Merkmal der Absicht erfüllen kann, ergibt sich daraus, daß Unzurechnungsfähigkeit nicht Handlungs- und Willensunfähigkeit, sondern nur Schuld-(Vorwerfbarkeits-)unfähigkeit bedeutet. [300]) Weiter genügte zur Täterschaft des B die Kenntnis der Absicht des A [301]). Somit stehen der Annahme mittelbaren Täterschaft des B Bedenken nicht im Wege. Zum gleichen Ergebnis gelangt Hegler [302]) auf Grund seiner Übergewichtstheorie [303]).

IV.

Die Entwürfe 27 und 30 wollen die sich aus den Hilfsbegriff des absichtslosen dolosen Werkzeuges ergebenden Schwierigkeiten dadurch beseitigen, daß sie die fraglichen Strafdrohungen erweitern; so fordern sie im § 350 Abs. 2 die Absicht sich oder einem anderen unrechtmäßig zu bereichern, im § 346 die Absicht, sich oder einem anderem die Versicherungssumme zu verschaffen [304]).

Gegen diese Lösung der Entwürfe 27 und 30 sprechen manche Bedenken. Es ist fraglich, ob sie alle Fälle der Ab-

295) a. a. O. S. 27.

296) Grdz. S. 54.

297) a. a. O.

298) s. o. II 2.

299) vgl. auch Hegler a. a. O. S. 314.

300) s. über diese Frage Mezger Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 24. Anm. 2.

301) s. o. II 2.

302) a. a. O. S. 313 ff.

303) über diese oben II 2. Abs. 2 und 3

304) vgl. Begründung zum Entwurf 27 S. 29; die gleiche Lösung findet sich im A. E., vgl. Begründung zum A. E. S. 27.

sichtsdelikte einbegriffen hat [305]). Jedenfalls sind aber die Fälle nicht berücksichtigt, bei denen das „Werkzeug" die Absicht des anderen lediglich kennt, z. B. die Absicht des anderen, sich die Versicherungssumme zu verschaffen, aber nicht die gleiche Absichf oder die Absicht, die Versicherungssumme dem anderen zu verschaffen, hat. Daß aber die Absicht, sich oder einem anderen die Versicherungssumme zu verschaffen, nicht die bloße Kenntnis einer solchen des Mitbeteiligten umfaßt, bedarf wohl keiner weiteren Darlegung [306]). Die Lösung des Entwurfes 27 und 30 kann somit nicht befriedigen.

Es ist hier noch zu untersuchen, ob durch die Einführung der limitiert-akzessorischen Form der Teilnahme [307]) die genannten Schwierigkeiten zu lösen sind. Dieses ist jedoch zu verneinen. Die Entwürfe 27 und 30 bestimmen in dem § 31, daß die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen unabhängig ist, von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt. Diese Vorschrift kann nur ausgeführt werden, wenn der oder die Haupttäter den gesamten (äußeren und inneren) [308]) Tatbestand verwirklichen und Anstifter und Gehilfe außerhalb dieses Tatbestandskreises tätig werden. In den Fällen des absichtslosen dolosen Werkzeuges vewirklicht der angebliche Anstifter jedoch den inneren Tatbestand, er ist Täter; die genannte Vorschrift kann somit hier keine Anwendung finden.

2. De lege ferenda ist die Regelung der mit dem Hilfsbegriff des absichtslosen dolosen Werkzeuges zusammenhängenden Fragen in den Entwürfen 27 und 30 nach den Ausführungen unter 1. nicht anzuraten. Zweckmäßig wird in den fraglichen Bestimmungen, z. B. in den §§ 350 Abs. 2, 346 die schwerfällige Wendung „oder einem anderen" weggelassen. Sie ist zu eng, weil sie gerade die Fälle des bloßen Wissens der fremden Absicht nicht umfaßt. Ein Umkehrschluß aus der engen Fassung könnte auch für den vorliegenden Fall zu falschen Er-

---

305) vgl. Drost a. a. O. S. 368 und Rosenfeld a. a. O. S. 183; dagegen für den in der Sache gleichen A. E. (s. vor. Anmerkung) Kern a. a. O. S. 146 und Wegner a. a. O. S. 115.

306) vgl. auch Hegler Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft S. 211 Anm. 24, Subj. Rechtswidrigkeitsmomente S. 320 Anm. 4, S. 323 Anm. 1 und Mezger Vom Sinn usw. S. 24 Anm. 1.

307) oben Dritter Abschnitt IV 2.

308) vgl. Hegler Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente S. 25, Mezger vom Sinn usw. S. 24.

gebnissen führen. Die Lösung dieser immerhin nicht sehr zahlreichen Fälle unmittelbar durch das Gesetz unterbleibt besser; sie ist der Wissenschaft, hier der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen zu überlassen.

Schluß.

Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die in der Einleitung gestellten drei Fragen sind nach den vorstehenden Ausführungen zusammenfassend dahin zu beantworten:

1. Mittäter ist, wer keine äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, aber die Absicht hatte.

2. Mittäter ist, wer nur die äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, wofern er die Absicht des anderen Beteiligten kannte.

3. Mittäter (Vierter Abschnitt III 1.), Täter (Vierter Abschnitt III 2.) ist, wer die Absicht hatte, aber nicht ausgeführt hat, sondern nur einen andern zur Ausführung veranlaßt hat, der diese Absicht nicht hatte.

Lebenslauf.

Am 24. Februar 1905 wurde ich als Sohn des Oberrentmeisters an der staatlichen Kreiskasse Josef Lause und seiner Ehefrau Elisabeth geborene Koch zu Brilon geboren. Ich habe 4 Jahre die Volksschule und 9 Jahre das Gymnasium in Brilon besucht. Dann habe ich Rechtswissenschaft in Marburg, Köln und Berlin studiert. Die Referendarprüfung habe ich am 3. und 5. Juli 1929 und die Assessorprüfung am 10. Mai 1933 bestanden. Ich bin dann 5 Monate als Assessor am Gericht gewesen und darauf wissenschaftlicher Hilfsarbeiter am strafrechtlichen Seminar in München geworden.